Der obligatorische Grundstücksveräusserungsvertrag

(B.G.B. § 313).

Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

hohen juristischen Fakultät

der

Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Rechtsanwalt Karl Gutbrod in Stuttgart.

Stuttgart.
Druck von W. Kohlhammer.
1904.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547016_0134

Der obligatorische Grundstücksveräusserungsvertrag

(B.G.B. § 313).

Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

hohen juristischen Fakultät

der

Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Rechtsanwalt Karl Gutbrod in Stuttgart.

Stuttgart.
Druck von W. Kohlhammer.
1904.

Meiner l. Frau

Tilli Gutbrod geb. Schill

und

meinen l. Eltern

Herrn und Frau Reichsgerichtspräsident Dr. Gutbrod
in Leipzig

sowie dem Andenken meines verstorbenen Onkels des

Herrn Justizrats Max Leipheimer
in Stuttgart

in treuer Liebe und Dankbarkeit
zugewidmet.

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Einleitung. Historischer Rückblick 1
§ 2. B.G.B. § 313 eine Ausnahmevorschrift. Der Zweck derselben . . . 4

I. Die Form des B.G.B. § 313.

§ 3. Der Akt der Beurkundung 9
§ 4. Der Abschluß des Formalvertrages 12
§ 5. Die Form des B.G.B. § 313 ist Minimalform 21
§ 6. Die Urkundsperson 22
§ 7. Die rechtliche Bedeutung der über den Vertragsschluß aufgenommenen Urkunde 27

II. Die unter § 313 B.G.B. fallenden Rechtsgeschäfte.

§ 8. Allgemeines 33
§ 9. Einseitige Rechtsgeschäfte, die eine Verpflichtung zur Übereignung von Grundstücken enthalten, fallen nicht unter B.G.B. § 313 39
§ 10. Verträge, die keine Verpflichtung zur Grundstücksübereignung enthalten, fallen nicht unter B.G.B. § 313 55
§ 11. Die unter § 313 B.G.B. fallenden Verträge mit Ausnahme des Gemeinschaftsrechts 62
§ 12. Die Verträge des Gemeinschaftsrechts 73
Anhang 89
§ 13. Der Umfang der Formvorschrift des B.G.B. § 313 bezüglich der einzelnen Vertragsbestimmungen 91
§ 14. Die Folgen der Nichtbeachtung der Form 101
Anhang 106

III. Die Heilung des Formmangels.

§ 15 109

Öfter zitierte Werke.

Dr. Dernburg, Pandekten. 3. Aufl. Berlin 1892.
Derselbe, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens Bd. I, II, III, IV.
Dr. Bernhard Windscheib, Lehrbuch des Pandektenrechts 3. Aufl. Düsseldorf 1870.
Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich mit Kommentar. Tübingen-Leipzig 1901. 5. Aufl.
Dr. Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1900. 6. u. 7. Aufl.
F. Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 2. Aufl. Berlin 1902.
Dr. A. Düringer und Dr. M. Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 1. Aufl. Mannheim 1899.
Dr. H. Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Aufl. Berlin 1903.
Ed. Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1900.
a) Allgemeiner Teil von Hölder.
b) Recht der Schuldverhältnisse von Frd. Schollmeyer.
Dr. G. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1900 u. ff.
Konrad Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts.
Dr. H. Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. 2. Aufl. Berlin 1900.
Dr. Achilles und O. Strecker, Die Grundbuchordnung. Berlin 1901.
Dr. W. Turnau u. K. Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen ꝛc. 1 Aufl. Paderborn 1901.

Zeitschriften.

R.O.H.G. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
R.G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
J.W. = Juristische Wochenschrift.
Gruchot = Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
R.J.A. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt.
Johow = Johows Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts (alte und neue Folge).
O.L.G. = Mugdan u. Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Recht = Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Jur.Ztg. = Deutsche Juristen-Zeitung.
Seuffert = Seufferts Archiv.
Württemb. Jahrbücher = Jahrbuch der württembergischen Rechtspflege.
Württemb. Archiv = Württembergisches Archiv für Recht und Rechtsanwendung.
Goldschmidt = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
Ihering = Jahrbücher der Dogmatik.
Archiv = Archiv für civilistische Praxis.

§ 1.

Einleitung.

Das gemeine Pandektenrecht, so wie es schließlich in Deutschland rezipiert worden ist, steht mit verschwindenden Ausnahmen auf dem Standpunkt der Formfreiheit der Rechtsgeschäfte, insbesondere gilt dieser Grundsatz für das Recht der Forderungen und der obligatorischen Verträge. Verschwunden war mit der Rezeption die Formstarrheit des deutschen Rechts, verdrängt aber zugleich auch die römische Stipulation. Damit war im Rechtsleben eine Verkehrsfreiheit erreicht, wie sie niemals zuvor bestanden hat. Dieses Prinzip findet denn auch in den Partikulargesetzgebungen des Privatrechts im 16. und 17. Jahrhundert seinen energischen Ausdruck, sie gestatten für die wichtigsten Verträge völlige Formfreiheit und kennen hiervon nur noch wenige Ausnahmen. Aber bereits die großen Kodifikationen des 18. und heraufziehenden 19. Jahrhunderts brechen mit dem Prinzip der Formfreiheit in schroffer Weise und verfallen wiederum in das gegenteilige Extrem, nämlich in die Festsetzung strenger Formvorschriften, selbst für Geschäfte des täglichen Lebens. Dahin gehören vor allen Dingen das allgemeine preußische Landrecht und der Code Napoleon von denen das erstere Gesetz einem formlosen Vertrag, dessen Gegenstand über 150 Mk. hinausging, die Klagbarkeit, der letztere solchen, deren Gegenstand mehr als 150 Fr. Wert besaß, die Beweisbarkeit durch Zeugen versagte. Dieser Formstarrheit der damaligen Gesetzgebung trat zunächst v. Savigny[1]) entgegen, indem er den Nachweis führte, daß durch ein derartig übertriebenes Formenwesen der Rechtsverkehr unnötig gehemmt und die Rechtssicherheit auf das empfindlichste geschädigt werde. Er fand dann einen warmen Anhänger in Ihering[2]), der zu einem begeisterten Lobredner der Formfreiheit wurde, in ausführlicher Weise ihre Vorteile darlegte und so dem Formalismus, der übrigens schon bei der Kodifikation des deutschen Handelsgesetzbuches und des sächsischen B.G.B. eine schwere Niederlage erlitten hatte, vollends den Todesstoß gab.

So heftige Gegner der Form aber Savigny und Ihering waren, bezüglich einer Art von Geschäften sind sie ihr doch beide warme Fürsprecher geworden: das sind die Geschäfte, die der Verkehr mit Grundstücken mit sich bringt, und zwar nicht bloß bezüglich der dinglichen Ge-

[1]) Savigny, Röm. Obligationenrecht Bd. III S. 238 ff.

[2]) Ihering, Geist des römischen Rechts (Leipzig 1869) Bd. II Abt. 2 S. 465.

schäfte des Immobilarverkehrs, sondern auch der diesen kausalen obligatorischen Verträgen. „Bei ihnen ist die Bilanz des Formalismus sehr günstig[1])."

Und in der Tat schlug die deutsche Partikulargesetzgebung bezüglich der Form der obligatorischen Liegenschaftsveräußerungsverträge den Weg ein, den die Rechtswissenschaft auf Grund rechtsphilosophischer und theoretischer Erwägungen als richtigen bezeichnete. In allen größeren deutschen Staaten ward der Reihe nach für Kauf- und andere Veräußerungsverträge von Grundstücken eine mehr oder minder strenge Form, meist im Wege der Spezialgesetzgebung vorgeschrieben.

So war denn der Stand der Partikulargesetzgebung bei Einführung des B.G.B. bezüglich dieser Frage folgende:

Das preußische Landrecht schrieb für alle obligatorischen auf die Veräußerung, Verpfändung und Belastung von Grundstücken gerichteten Verträge, ohne Rücksicht auf den Wert, die einfache Schriftform vor (A.L.R. I 18 §§ 15 ff., I 5 § 135, § 136, I 11 §§ 75, 1065, 1066). Einfache Schriftform verlangte das sächsische B.G.B. § 822 und zwar mit Beschränkung auf die Verpflichtung zur Übertragung von Eigentum. Sehr eingehende Vorschriften enthielt das württembergische Gesetz vom 23. Juni 1853, das nur für Kauf- und Tauschverträge über Liegenschaften, die einfache Schriftform verlangte, jedoch bei Verkauf von Grundstücken im Flächengehalt von mindestens 10 Morgen aus einer Hand Beglaubigung der Urkunde durch gewisse Urkundspersonen vorschrieb. Strenger war das bayerische Notariatsgesetz vom 10. November 1861, das für alle Verträge über die Besitzveränderung, Eigentumsübertragung an unbeweglichen Sachen und diesen gleichgeachteten Rechte, sowie über dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen durch Artikel 14 die notarielle Form verlangte. Das hessen-darmstädtische Gesetz vom 4. August 1871 § 4 schrieb in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen gerichtliche Protokollierung der zur Eigentumsübertragung verpflichtenden Verträge vor[2]). Hervorzuheben bleibt noch, daß die obengenannten Formen dann nicht zur Anwendung kamen, wenn der Veräußerungsvertrag im Geltungsgebiet des Handelsgesetzbuchs abgeschlossen wurde[3]). Durch E.G. C.P.O. § 14 Abs. 2 wurde späterhin der Form des Code civil ihre Bedeutung entzogen.

---

[1]) Jhering a. a. O. S. 487.

[2]) Im übrigen sei für die einschlägige Partikulargesetzgebung auf v. Roth, Deutsches Privatrecht (Tübingen 1886) Teil III §§ 255 ff., und Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts (3. Aufl., Berlin 1898, S. 148) verwiesen. Eine kurze Übersicht über den in Deutschland vor dem 1. Januar 1900 geltenden Rechtszustand gibt auch Dr. J. Stranz in der Beilage zu den Verhandlungen des 27. deutschen Juristentags S. 144 ff.

[3]) So R.G. 13 S. 2 ff. für Art. 14 des bayr. Notariatsgesetzes.

Dies war die Lage der Partikulargesetzgebung zu der Zeit, als die ersten Versuche unternommen wurden, eine einheitliche Gesetzgebung auf dem Gebiete des Obligationrechts den deutschen Staaten zuteil werden zu lassen. Der Dresdner Entwurf wollte die Regelung der Liegenschaftsveräußerungsverträge der Landesgesetzgebung überlassen (Art. 76, ursprünglich Art. 446). Anders von Anfang an das B.G.B.! Schon der erste Entwurf, der ja bezüglich des Obligationenrechts auf dem Dresdenr Entwurf beruhte, enthielt in § 351 Abs. 1 die Vorschrift, daß ein Vertrag durch den jemand sich zur Übertragung von Grundeigentum verpflichte, der gerichtlichen oder notariellen Form bedürfe. Sie gründete auf den Erwägungen, welche Bd. II S. 189—191 der Motive wiedergibt. Die zweite Kommission hielt an der Form fest (Kommissionsbericht S. 922 bis 932). Abänderungsvorschläge, die teils auf Einführung der einfachen Schriftform, teils auf Ausdehnung der Form auf andere dingliche Rechte (und ihre Übertragung, beziehungsweise Belastung) an Grundstücken gingen, wurden abgelehnt. Ebenso erging es Anträgen, welche in der Reichstagskommission (Bericht S. 62) in erster Lesung auf einfache Schriftform, in zweiter Lesung auf Streichung des Abs. 2 abzielten. Das Plenum des Reichstags passierte die Bestimmung ohne Beanstandung und so fand sie denn im Gesetze ihre Aufnahme als § 313. Sie lautet nunmehr:

„Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Ein ohne Beobachtung dieser Form abgeschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalt nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgt."

War schon während des Entstehens des B.G.B. die prinzipielle Frage, ob dem Formalprinzip oder dem der Formfreiheit der Vorzug zu geben sei, niemals zur Ruhe gekommen[1]), so ist neuerdings namentlich von seiten der rheinischen Juristen ein heftiger Kampf gegen die Form des § 313 B.G.B. eröffnet worden: es wurde sogar das Forum des deutschen Juristentags angegangen[2]). Hier ist um so weniger auf diese Streitfrage einzugehen, als im Heimatsstaat des Verfassers (Württemberg), wo von alters her den Organen der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch bei obligatorischen Liegen-

[1]) Z. B. Fränkel in Ihering Bd. 24 S. 391 und gegen seine viel zu weitgehenden Ausführungen Heß, ebenda Bd. 26 S. 198.

[2]) Die Erörterung der Frage stand auf der Tagesordnung des 26. Juristentages (1902), kam aber im Plenum nicht zur Beratung. Auf der Tagesordnung des 27. Juristentages (1904) befindet sie sich nicht mehr. Sie scheint mir auch durch das oben angeführte, hervorragende Gutachten von Stranz, sowie das am nämlichen Orte (S. 186 ff.) abgedruckte von Karl Haenschke erledigt. A. M. F. Dorst a. a. O. S. 134 ff.

schaftsverträgen eine Mitwirkung eingeräumt war die Frage durch die Ausführungsgesetzgebung in durchaus billigenswerter und praktischer Weise gelöst worden ist, so daß die Bestimmung vom Publikum nicht als eine Veränderung oder gar als eine Verschärfung gegenüber dem früheren Zustand empfunden wird und sie daher bis zur Stunde niemals weder in Interessenten- noch in Juristenkreisen Anlaß zur Beschwerde gegeben hat.

§ 2.

B.G.B. § 313 eine Ausnahmevorschrift. Der Zweck derselben.

I. Im Rechtsverkehr kann eine Willensäußerung in zwiefacher Weise abgegeben werden: entweder formlos oder in eine bestimmte Form eingekleidet; das Prinzip der Formlosigkeit charakterisiert sich dadurch, daß die rechtlich erhebliche Willenserklärung in jedweder Weise, ausdrücklich oder stillschweigend, mit Worten oder anderen Zeichen, in direkter oder indirekter Weise, zum Ausdruck gebracht werden kann, wenn nur nach der Verkehrsanschauung in dem betreffenden Verhalten die Äußerung eines bestimmten Willens erblickt werden kann [1]).

Diesen sogenannten formlosen Willenserklärungen stehen die formellen gegenüber: hier kann der Wille nur in einer genau fixierten und bestimmten Form kundgetan werden, wobei das B.G.B. noch zwischen gesetzlichen Formen, d. h. solchen, die ihren Ursprung im Gesetze haben, und gewillkürten Formen, d. h. solchen, die auf den Parteiwillen zurückzuführen sind, unterscheidet. Für die vorliegende Untersuchung kommt, da das Gesetz für die obligatorischen Grundübereignungsverträge die Form vorschreibt, nur die erstere Formart in Betracht.

Das Wesen des Formalgeschäfts besteht also darin, daß, wenn die vorgeschriebene Form nicht eingehalten ist, die Willenserklärung eine rechtlich nicht erhebliche ist. Zwar kann man logischerweise nicht sagen, es liege überhaupt keine Willenserklärung vor, wenn der Wille zwar erklärt, die Form aber nicht eingehalten ist. Der Wille ist zweifellos erklärt, er bringt aber diejenigen rechtlichen Wirkungen, die er nach dem Parteiwillen erzeugen sollte, nicht hervor.

II. Das B.G.B. steht entgegen dem preußischen Landrecht und dem Code civil auf dem Standpunkt der Formfreiheit. Die formlosen Willenserklärungen bilden die Regel, die formellen die Ausnahmen.

Dieses Prinzip ist allerdings ausdrücklich im B.G.B. nirgends hervorgehoben. Es ergibt sich aber durch argumentum e contrario aus

[1]) Leonhard, Der allgemeine Teil des B.G.B., Berlin, § 68 S. 256.

B.G.B. § 125, der die Geschäfte, bei denen die gesetzliche oder gewillkürte Form nicht eingehalten ist, für nichtig erklärt. Mit anderen Worten, an und für sich hindert eine fehlende Form die Gültigkeit des Geschäfts nicht. Nur da, wo sie ausdrücklich vorgeschrieben ist, muß sie beobachtet werden. Übrigens gelangt man auch auf Grund der Entwicklungsgeschichte des Gesetzes und der Gesetzesmaterialien zu diesem Ergebnis[1]).

Damit ist das Resultat gewonnen, daß das B.G.B. § 313 eine Ausnahmevorschrift enthält und es wird dann auch in den Motiven I S. 180 und 181 als Beispiel einer Ausnahmebestimmung ausdrücklich § 313 aufgeführt[2]). Steht das fest, so folgt daraus ohne weiteres, daß der Rechtssatz des § 313 streng und nicht extensiv interpretiert werden muß[3]). Auf diesen Satz wird im folgenden noch öfter zurückzukommen sein.

III. Nun ist es selbstverständlich, daß der Gesetzgeber Ausnahmevorschriften nur da Platz greifen läßt, wo ganz besondere Gründe zur Abweichung von der Regel drängen. Insbesondere sind Zweckmäßigkeitsgründe maßgebend[4]).

Für die Auslegung und das Verständnis einer Gesetzesstelle ist es daher von ganz besonderer Bedeutung, festzustellen, was den Gesetzgeber veranlaßt hat, die Regel zu durchbrechen, was Gründe und Zweck der Ausnahmevorschrift sind. Namentlich beantwortet sich aus diesem Gesichtspunkt heraus auch die wichtige Frage, ob von einer auch nur analogen Anwendung der Bestimmung des § 313 auf andere Rechtsgeschäfte, also auf obligatorische Verträge, welche auf Einräumung eines anderen dinglichen Rechts am Grundstück, als des Eigentums gehen, die Rede sein kann. Bekanntlich gilt der Grundsatz, daß wenn die Durchbrechung eines Rechtsprinzips aus Zweckmäßigkeitsgründen erfolgt, die Geltung des Ausnahmegesetzes nicht weiter erstreckt werden darf, als die Zweckmäßigkeitsgründe es verlangen[5]).

---

[1]) Der erste Entwurf enthielt in § 91, der zweite in § 104 die ausdrückliche Bestimmung, daß für ein Geschäft nur da, wo Gesetz oder Parteiberedung es verlange, eine Form erforderlich sei. Der revidierte Entwurf strich die Bestimmung, da sie keine Norm, sondern nur ein gesetzgeberisches Prinzip enthalte. Daß im B.G.B. das Prinzip der Formfreiheit herrsche, sprechen aus Motive Bd. I S. 178—181, Protokolle der zweiten Kommission S. 184 und 8371, sowie Denkschrift S. 24 aus. Vgl. auch R.G. in J.W. 1901 S. 382 und 383.

[2]) Ebenso R.G. 53 S. 270.

[3]) So R.G. Bd. 53 S. 270.

[4]) R.G. Bd. 22 S. 196; Krome Bd. I S. 103; Dernburg, B.R. Bd. I S. 55 und II 1 S. 307 Anm. 20; vor allem l. 16 Dig. I 3.

[5]) Eck, Vorlesungen des Pandektenrechts, Allgemeiner Teil § 6.

a) Die Form des § 313 wird bei obligatorischen Liegenschaftsveräußerungsverträgen in erster Linie, wie in allen Stadien des B.G.B. betont wird, durch die soziale Bedeutung des Grundeigentums bedingt. Wenn auch der Grundbesitz heute weniger als hervorragendes Wertsobjekt in Betracht kommt, so liegt seine Bedeutung vor allem darin, daß er der allerwesentlichste Faktor der Seßhaftigkeit für den überwiegend größten Teil unserer Bevölkerung bildet, sodann, daß er regelmäßig für die Lebensstellung und den Beruf des Eigentümers von ausschlaggebender Bedeutung ist, daß endlich, insofern mit jedem Grundeigentum eine Reihe anderer privat- und öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse verbunden sind, die wegen der Unvergänglichkeit des Grundeigentums meist von weitausschauender Dauer sind, der Eigentumswechsel an Grundstücken besondere Vorsicht erfordert, wenn nicht für die Parteien späterhin erhebliche Schwierigkeiten entstehen sollen [1]). Alle diese Gründe verlangen, daß Verträge, die auf die Veräußerung von Grundstücken abzielen, mit besonderer Vorsicht und Überlegung, nicht aber überhastet und unter momentanen Eindrücken und Einflüsterungen abgeschlossen werden. Der Staat hat also ein hervorragendes Interesse daran, daß der Verkehr mit Grundstücken in soliden Bahnen wandelt; deshalb muß ihm daran gelegen sein, unsolide und namentlich wucherische Verträge auf diesem Gebiet, soweit es in seinen Kräften liegt, abzuschneiden.

Neben anderen Mitteln, durch welche etwaige Mißstände im Liegenschaftsverkehr bekämpft werden können, ist gerade die Schriftform geeignet, die Parteien vor und bei Abschluß eines solchen Vertrages zur Überlegung und Vorsicht zu zwingen. Die einfache Schriftform würde allerdings nicht viel nützen. Denn häufig trägt der Verführer schon den Entwurf des Vertrages bei sich. Um so größer dagegen sind die Garantien, welche die Mitwirkung einer Behörde oder eines Beamten bei Vertragsschluß mit sich bringt. Einmal sind dieselben nicht ohne weiteres zur Protokollierung bei der Hand und die Parteien haben bis zu deren Angehung Zeit, sich die Sache zu überlegen. Sodann haben sie an denselben erfahrene Berater, durch die sie sich über die Bedeutung, die Vorteile und Nachteile des Geschäfts aufklären lassen können und bei denen sie sicher gehen, daß sie an verbotenen und unsittlichen Geschäften nicht teilnehmen dürfen.

Diese Zweckmäßigkeitsgründe haben den Gesetzgeber veranlaßt bei den auf Eigentumsübertragung an Grundstücken abzielenden Verträgen die strenge Form des § 313 vorzuschreiben. Diese Erwägungen treffen

[1]) Motive I S. 190, Protokolle S. 932, Denkschrift S. 47 und Reichstagskommission S. 62.

aber auf andere dingliche Rechte an Grundstücken nicht zu (abgesehen vom Erbbaurecht). Einmal sind diese Rechte für die Lebensstellung und den Beruf des Grundeigentümers ohne Bedeutung. Auch die Frage der unvorsichtigen Belastung des Grundstücks mit Grunddienstbarkeiten 2c. ist eine sehr nebensächliche. Bekanntlich ist der Bauer, wie der Städter viel eher bei der Hand, sich seines Grund und Bodens zu entäußern, als ihn mit Reallasten zu beschweren. Ferner sind Grunddienstbarkeiten und Reallasten, die den Wert des Grundstücks wesentlich herabmindern, selten, und sie werden regelmäßig im Anschluß an Grundstücksveräußerungen, die ja sowieso der Form bedürfen, begründet. Endlich ist es durch E.G. B.G.B. Art. 115 der Landesgesetzgebung gestattet, gewisse, den Grund und Boden entwertende Arten von Grunddienstbarkeiten und Reallasten ganz auszuschließen. Dem Verkehr geradezu schädlich und hinderlich wäre es, wenn man eine Form bei Verträgen vorschreiben wollte, die auf Gewährung eines Realkredits, z. B. einer Hypothek, einer Grundschuld 2c. abzielen. Aufgabe der Gesetzgebung ist es gerade, den Realkredit zu fördern und zu erleichtern [1]). Zudem sind im Gesetze eine Reihe von Vorschriften gegeben, die den Grundeigentümer gegen Ausbeutung von seiten des Realkreditgebers zu schützen bestimmt sind, z. B. das Verbot der lex commissoria. Endlich ermöglicht es Art. 117 E.G. B.G.B. der Landesgesetzgebung gegen allzu drückende Grundbelastung durch Festsetzung einer Verschuldungsgrenze anzukämpfen und Schutzvorschriften gegen die übermäßige Erschwerung der Ablösbarkeit der Hypotheken oder ihre Unkündbarkeit zu erlassen [2]).

Aus alledem ergibt sich, daß die Form des § 313 als ius singulare auf die Übertragung von Grundeigentum beschränkt ist und für die analoge Anwendung der Bestimmung auf die vertragsmäßige Verpflichtung zur Einräumung anderer dinglicher Rechte an Grundstücken keine Veranlassung besteht [3]). Daß das auch der Standpunkt des Gesetzgebers ist, ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut des § 313, als auch aus den Materialien zu demselben [4]).

---

[1]) Motive Bd. III S. 598 und 599, Protokolle S. 932. Vgl. auch § 1136 B.G.B. und hierzu Motive Bd. III S. 682.

[2]) Preuß. A.G. B.G.B. Art. 32, württ. A.G. B.G.B. Art. 213, bad. A.G. B.G.B. Art. 27.

[3]) Anderer Ansicht Schollmeyer in Hölders Kommentar zum B.G.B. S. 166 (§ 313), der den § 313 namentlich im Hinweis auf den Nießbrauch eine Halbheit nennt. Wie oft kommt es aber vor, daß jemand vertragsmäßig sich verpflichtet, den Nießbrauch an einem Grundstück zu bestellen.

[4]) Motive I S. 190, Protokolle S. 932.

b) Als weiterer Grund für die Formvorschrift bei Verträgen im Sinne des B.G.B. § 313 wird in den Materialien [1]) noch weiter angeführt, daß bei dieser wichtigen Art von Geschäften eine Vollständigkeit, Richtigkeit und Verständlichkeit der Beurkundung dringend geboten erscheint, was um so wünschenswerter ist, als diese Verträge ein wichtiges Interpretationsmittel der knappen Einträge des Grundbuchs bilden. Weiterhin dient die öffentliche Beurkundung wesentlich der Erhaltung dieser für die Beurteilung der Rechtsverhältnisse an Grundstücken so wichtigen Verträge, zumal nach den landesgesetzlichen Vorschriften auch nach Aufhören der Notariatskanzlei die aus ihr hervorgegangenen Urkunden aufbewahrt werden. Endlich geben die Urkunden den Beteiligten ein wichtiges Mittel zur Glaubhaftmachung in dem Vormerkungsverfahren in die Hand.

IV. § 313 B.G.B. enthält eine zwingende Ausnahmevorschrift. Wo das Gesetz für ein Rechtsgeschäft eine bestimmte Form vorschreibt, gehört dieselbe zu den Voraussetzungen des Rechtsgeschäfts [2]). Das Gesetz verlangt, damit ein rechtlich beachtliches und wirksames Geschäft zustande kommt, daß seine Voraussetzungen in concreto vorliegen. Es ist also unzulässig, daß die Parteien (etwa in einem Vorvertrage oder dem Hauptvertrage) vereinbaren, daß für sie die Form in Wegfall kommen soll. Verstöße gegen die gesetzliche Form eines Rechtsgeschäfts können, wie überhaupt Verstöße gegen ein Errichtungserfordernis eines solchen, nicht durch die Verabredung, diese Vorschriften zu umgehen, unschädlich gemacht werden, da jene Vorschriften im öffentlichen Interesse der Verkehrssicherheit gegeben sind. Sodann aber „wäre es ein Widerspruch in sich selbst, wenn man annehmen wollte, daß das Rechtsgeschäft die Voraussetzungen seiner eigenen Wirksamkeit schaffen könne". Nur da, wo das Gesetz es durch positive Bestimmung gestattet, kann auf eine Voraussetzung seiner Wirksamkeit im Geschäft selbst verzichtet werden (z. B. §§ 180 und 182) [3]).

Besonders hervorzuheben ist, daß die Form des § 313 B.G.B. für das Gebiet des gesamten Privatrechts gilt. Insbesondere gibt es für die Handelsgeschäfte keine Ausnahme mehr. Das gilt sowohl für den Kauf-

[1]) Motive I S. 190, Protokolle S. 932.

[2]) Dr. Eugen Ehrlich, Das zwingende und das nichtzwingende Recht im B.G.B. Jena 1899 S. 17, Krome Bd. I S. 343, Planck I S. 142, Dernburg Pandekten I, § 91 a, f; Zitelmann, Beiträge zum Entwurf I Heft 7—10, die Rechtsgeschäfte im Entwurf Abt. I S. 30.

[3]) Ehrlich S. 24, Zitelmann S. 153.

mann, der im Betriebe seines Handelsgewerbes solche Verträge abschließt. Es gilt ferner bei Errichtungsverträgen von Handelsgesellschaften, für Grundstücksveräußerungen des gewerbsmäßigen Gütermaklers, Güterhändlers und Grundstückspekulanten, einerlei ob er Käufer oder Verkäufer ist. Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß der Kaufmann im Handelsregister nicht eingetragen ist. Das jetzige Recht geht also noch über das frühere Handelsgesetzbuch hinaus, nach welchem zwar ebenfalls die Geschäfte des Grundstückverkehrs keine Handelsgeschäfte waren und deshalb auch nicht unter das im Handelsverkehr geltende Prinzip der Formfreiheit fielen (Art. 275), dagegen gemäß Art. 85 und Art. 150 des H.G.B. der Errichtungsvertrag einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft keiner Form bedurften, auch wenn Grundstücke durch diesen Vertrag eingebracht wurden[1]). Das neue Handelsgesetzbuch dagegen steht auf dem Standpunkt, daß die für die Geschäfte civilrechtlichen Inhalts vorgeschriebenen Formen auch im Handelsverkehr gelten, soweit nicht in § 350 des H.G.B. Ausnahmen gemacht sind. Unter diesen befindet sich aber die Vorschrift des B.G.B. § 313 nicht[2]).

I. Die Form des B.G.B. § 313.

§ 3.

Der Akt der Beurkundung.

1. § 313 verlangt als Form der obligatorischen Grundstücksveräußerungsverträge die gerichtliche oder notarielle Beurkundung. Es gelten also die allgemeinen Vorschriften, welche das neue Recht für diese Art der Beurkundung von Rechtsgeschäften gegeben hat.

Diese Beurkundung besteht aus drei wesentlichen Akten, einmal der Abgabe der rechtsgeschäftlichen Erklärung vor der Urkundsperson, sodann der Aufnahme eines formgemäßen Protokolls über diese Erklärung und endlich der Konstatierung von seiten der Partei, daß das Protokoll mit der Erklärung übereinstimmt, d. h. es muß schließlich das Protokoll vorgelesen, von der Partei genehmigt und unterschrieben, sowie die so erfolgte Genehmigung im Protokoll niedergelegt sein. Man kann also nicht sagen, das Wesen der gerichtlichen oder notariellen Beurkun-

---

[1]) Vgl. R.G. 13 S. 34.

[2]) Denkschrift zu dem Entwurf des H.G.B. S. 190 (zu Entwurf I § 335); Staub II § 350 Anm. 15; Düringer-Hachenburg II § 350 Nr. III c S. 300; Makower II 350 Nr. II S. 939; H. Könige, Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, Berlin 1899, § 350 Anm.

dung liege in der mündlichen Erklärung gegenüber der Urkundsperson oder es sei, wie beim privat-schriftlichen Rechtsgeschäft, die Erklärung in der Urkunden enthalten. Sondern die drei genannten Bestandteile bilden zusammen die gerichtliche oder notarielle Erklärung und machen ihr Wesen aus. Fehlt eines dieser Erfordernisse oder ist es formell oder notariell unwirksam, so ist auch der ganze Rechtsakt ungültig[1]). Im übrigen sind die Vorschriften über diese Art der Beurkundung von Rechtsgeschäften nicht im B.G.B. enthalten. Wohl aber ist sie reichsgesetzlich geregelt in dem Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898, Absch. X, §§ 168—182[2]). Ohne auf diese Bestimmungen näher einzugehen, mag hier bemerkt werden, daß

1. §§ 170—172 Vorschriften darüber geben, wer in concreto unfähig ist als Urkunds- oder Urkundshilfsperson mitzuwirken bei Vermeidung der Nichtigkeit des gesamten Aktes (§ 170) oder gewisser Verfügungen (§ 171), während § 173 ohne rechtliche Nachteile an die Nichtbeobachtung zu knüpfen, festlegt, wer als Urkundshilfsperson (als Zeuge) nicht beigezogen werden soll.

2. §§ 174, 175, 176 und 177 Abs. 3 geben Vorschriften über die Erklärung der Partei und das Erfordernis der Aufnahme eines Protokolls über die Erklärung, sowie Form und Inhalt des Protokolls. Das Protokoll, das in deutscher Sprache aufgenommen wird, muß Ort und Tag der Abgabe der Erklärung, die Bezeichnung der erklärenden Person (des Beteiligten) und der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen (Urkunds- und Urkundshilfspersonen) sowie die Erklärung der Beteiligten enthalten. Die Erklärung erfolgt regelmäßig mündlich. Notwendig ist eine ausdrückliche Erklärung der Beteiligten nicht. Es kann z. B. auch ein Beteiligter seine Erklärung durch konkludente Handlungen, ja sogar stillschweigend abgeben: der eine Beteiligte erklärt, das und das hätten sie vereinbart, die Urkundsperson möge es protokollieren, der ebenfalls anwesende andere Beteiligte widerspricht dem nicht. Es kommt ferner sehr häufig vor, daß die Beteiligten die Bestimmung von Detailvorschriften oder die genaue Ausarbeitung des Geschäfts der Urkundsperson überlassen und daß sie erst bei der Verlesung des Protokolls von einer Reihe wichtiger Bestimmungen Kenntnis erlangen. Genehmigt der Beteiligte,

[1]) R.G. 52 S. 433 ff.

[2]) Vgl. Dorner, Das Reichsgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit, Karlsruhe 1899 S. 561 ff.; Gastrow, Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 13 S. 314 ff; Rausnitz, Der Entwurf eines Gesetzes über die Angelegenheiten der f. G., Berlin 1898, S. 25 ff.

nachdem er beim Vorlesen Kenntnis von den von der Urkundsperson eingefügten Bestimmungen erlangt hat, das Protokoll in dem Bewußtsein, daß es Erklärungen enthält, die ursprünglich von ihm nicht der Urkundsperson gegenüber abgegeben worden sind, und unterfertigt er es, so bringt er damit zum Ausdruck, daß er die soeben vernommenen Bestimmungen als von ihm abgegeben angesehen wissen will. Das steht aber vollständig dem Falle gleich, daß er sie selbst zu Protokoll erklärt hat[1]). Es ist nicht einmal erforderlich, daß die Erklärung in dem Protokoll enthalten ist. Es genügt nach § 176 Abs. 2, daß der Beteiligte der Urkundsperson eine Schrift überreicht unter ausdrücklicher oder stillschweigender Kundgebung der Absicht, sich zu dem Inhalt der Schrift zu bekennen. In diesem Sinn ist auf die Schrift in dem Protokoll Bezug zu nehmen und es muß die Schrift als „Anlage" demselben beigefügt sein. Hier kann man von einer schriftlichen Erklärung gegenüber der Urkundsperson reden. Auf diesem Wege können die Parteien ihre Punktationen oder ihren privatschriftlichen Vertrag solennisieren lassen[2]).

Nicht notwendig ist, daß die Urkundshilfspersonen dem gesamten Notariatsakt anwohnen. Sie müssen vielmehr nur bei der Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung der Urkunde zugegen sein (§ 174)[3]). Als bloße Ordnungsvorschrift ist noch die Feststellung der Identität der Beteiligten vorgesehen.

Im übrigen muß der Vertragswille bis zum völligen Abschluß des Notariatsakts, d. h. bis zur Vollendung der Beurkundung vorhanden sein. Hat eine Vertragspartei zwar eine Erklärung vor der Urkundsperson abgegeben und widerruft er sie vor der Unterzeichnung, so ist eine gültige Erklärung nicht zustande gekommen[4]).

3. § 177 regelt dann die Genehmigung des Protokolls durch den Beteiligten, indem dieser seinerseits anerkennt, daß das Protokoll der Urkundsperson mit der von ihm gegenüber dieser abgegebenen Erklärung übereinstimme. Er schließt sich damit der von der Urkundsperson getroffenen Feststellung, daß die Parteierklärung in dem Protokoll niedergelegt sei, an und konstatiert auch seinerseits die Tatsache, daß die Urkundsperson nichts anderes niedergeschrieben habe, als was er ihr

---

[1]) R.G. 50 S. 422.

[2]) Denkschrift zum F.G.G. S. 88, 89; Doren S. 581.

[3]) Selbstverständlich muß aber die Urkundsperson, da ja vor ihr die Erklärung erfolgen muß, dem ganzen Akt in continenti anwohnen. Ebenso Jastrow l. c. S. 358, und M. Dorner l. c. S. 578 Nr. 4.

[4]) R.G. 52 S. 433 ff.

gegeben habe. Dagegen enthält die Genehmigung des § 177 prinzipiell keinen besonderen Willensakt des Beteiligten in dem Sinne, daß er den Inhalt des Protokolls zu seiner eigenen Willenserklärung erhebe, gleichviel ob der Inhalt derselben sich mit ihrer zuvor abgegebenen Erklärung decke, daß sie sich der protokollarischen Erklärung schlechtweg unterwerfe und zu seiner eigenen Willenserklärung erhebe oder mit anderen Worten, auf den Einwand der falschen Protokollierung verzichte. Regelmäßig und bis zum Beweise des Gegenteils ist allerdings davon auszugehen, daß neben der Bekundung, daß Erklärung und Urkunde sich decken, der Beteiligte auch noch weiter erklären will, daß er das, was die Urkundsperson niedergeschrieben habe, zu seiner Willenserklärung erhebe. Das trifft aber da nicht zu, wo der Beteiligte die Differenz zwischen seiner Erklärung und dem Protokoll nicht bemerkt, z. B. weil er den fraglichen Passus überhört hat. Hier ist dann die Konstatierung der Urkundsperson, sowie des Beteiligten, der Protokollinhalt stimme mit der Erklärung überein, falsch [1]). In welcher Weise die Genehmigung von seiten des Beteiligten und die Beurkundung der Genehmigung zu erfolgen hat, ist schon oben erwähnt. Selbstverständlich ist, daß Genehmigung samt Unterschrift unter dem Protokoll steht: sonst gelten die hinter der Unterschrift folgenden Stellen als nicht genehmigt und sind daher nichtig.

4. Endlich enthält der Abschnitt noch besondere Bestimmungen für gewisse Ausnahmefälle: so § 169 für Erklärungen tauber, blinder, stummer oder sonst am Sprechen verhinderter Personen, ferner § 177 Abs. 2 für den Fall, daß ein Beteiligter erklärt, nicht schreiben zu können, § 178 für den Fall, daß mit einem Stummen eine schriftliche Verständigung nicht möglich ist, §§ 179 und 180, daß ein Beteiligter erklärt, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein, endlich § 181 für die Beurkundung von Versteigerungen.

§ 4.

Der Abschluß des Formalvertrages.

Bezüglich der gerichtlichen und notariellen Beurkundung von Verträgen unterscheidet das B.G.B. zwei Gruppen, die sich aber beide lediglich als Unterart der genannten Kategorie von Rechtsgeschäften darstellen, welche also, soweit nicht für die eine oder andere Gruppe besondere Vor-

[1]) Ganz anders liegt der Fall, wenn die Partei wahrnimmt, daß die Beurkundung anders lautet, als ihre ursprüngliche Erklärung, aber irrtümlicherweise annimmt, die abweichende Protokollierung sage dasselbe, wie ihre Erklärung, nur mit anderen Worten. Hier erhebt sie die Protokollerklärung zu ihrer eigenen, befindet sich aber im Irrtum über die Bedeutung und den Inhalt ihrer Erklärung.

schriften gegeben sind, nach den im vorigen Paragraphen kurz wiedergegebenen Rechtssätzen zu beurkunden sind [1]).

I. Auf der einen Seite steht der Abschluß des Vertrags vor Gericht oder Notar (§§ 925, 1015 Auflassung; § 1434 Ehevertrag, §§ 1750 und 1770 Annahme an Kindesstatt und Aufhebung derselben; §§ 2276 und 2290 Erbvertrag und Aufhebung desselben durch Vertrag). Hier müssen beide Parteien bei gleichzeitiger Anwesenheit die Vertragserklärungen vor Gericht oder Notar abgeben. Hier enthält also ein Akt den vollständigen Vertrag. Die Urkunde umfaßt den gesamten Vertragsschluß. Es vollziehen sich alle für das Zustandekommen eines Vertrags erforderlichen Akte, der Antrag und sein Zugehen an den Gegner, sowie die Annahme und ihr Zugehen an den Antragsteller, vor der Urkundsperson, und müssen durch sie beurkundet werden.

II. 1. Daneben steht die Form der „Beurkundung des Geschäfts vor Gericht oder Notar." Sie ist durch § 128 B.G.B. näher geregelt und gilt für alle Fälle der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, wo nicht ausdrücklich Anwesenheit beider Kontrahenten vor Richter oder Notar vorgeschrieben ist. Unter diese Unterart fällt § 313 B.G.B. Ihr Wesen besteht darin, daß es hier bei Verträgen genügt, wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme besonders gerichtlich oder notariell beurkundet wird. Es ist also ein gleichzeitiges Erscheinen der Parteien vor der Urkundsperson nicht erforderlich, vielmehr können die erforderlichen Erklärungen zeitlich getrennt, vor verschiedenen Urkundspersonen und in verschiedenen Urkunden abgegeben werden: so kann der Antrag vor einem Gericht, die Annahme vor einem Notar abgegeben werden [2]).

2. Notwendig ist, daß die Protokollierung des Antrags zeitig vorangeht und die der Annahme nachfolgt [3]).

a) Vor der Beurkundung liegt also kein Antrag im Sinne des § 145 B.G.B. vor und es ist somit der Anbietende bis zu diesem Akte hin

---

[1]) Neumann Bd. I § 128 Anm. 1 und 2, § 125, VI, 3; Dorner § 167 Nr. 2; Planck I § 123 Nr. 1 Abs. 2; Motive Bd. I S. 186—187; Protokolle S. 7359; Denkschrift des F.G.G. S. 85. Anderer Ansicht Rausnitz S. 26.

[2]) Während bei Abschluß des Vertrags vor der Urkundsperson vorausgesetzt, daß ein Fall des obigen § 4 Nr. 4 vorliegt, den Urkundshilfspersonen im Verlauf des ganzen Genehmigungsaktes zugegen sein müssen, genügt es im Falle der bloßen Beurkundung des Vertrags, daß die Urkundshilfspersonen, nur bei der Erklärung des Beteiligten zugegen sind, dessen persönliche Eigenschaften die betreffende Ausnahmevorschrift eintreten lassen.

[3]) Planck I S. 196 Ziff. 1, anders Hölder I § 145 Nr. 1.

nicht gebunden [1]). Es kommt also auch dann kein gültiger Vertrag zustande, wenn jemand einen formlos ihm gewordenen Antrag formgültig annimmt und es ist daher der Offerent auch nicht zur Leistung verpflichtet. Unter Umständen kann in dem formlosen Ausbieten eines Grundstücks eine invitatio ad offerendum, eine Einladung, Angebote zu machen, liegen, die natürlich keiner Form bedarf (z. B. Ausschreiben eines Grundstücksverkaufs durch die Zeitung, Ausschellenlassen eines solchen) und regelmäßig gar keine rechtliche Wirkung hervorbringt. Bei der Verhandlung von Person zu Person ist in dem formlosen Anbieten eines Grundstücks ein Teil der Vorverhandlungen, die ja nicht binden, zu erblicken (B.G.B. § 154).

Ist das Angebot formgültig, so hat es (vorausgesetzt, daß es dem Gegner zugeht) bindende Wirkung und es gelten die Bestimmungen des §§ 145 und 146 B.G.B. [2]).

b) Ebenso muß auch die Annahme in der angeführten Form erklärt werden [3]). Nur wenn die Willensübereinstimmung der Parteien in urkundlich gültiger Weise erklärt ist, liegt ein gültiger Vertragsschluß vor. Das geht schon aus der Fassung des § 128 hervor. Die Annahme kann bei Verträgen i. S. des B.G.B. § 313 also nicht bloß mündlich oder privatschriftlich oder gar stillschweigend und durch facta concludentia erfolgen. Auf sie findet auch B.G.B. § 151 keine Anwendung, soweit diese Bestimmung stillschweigende Annahme zuläßt. B.G.B. § 151 erläßt nicht die Annahme, vielmehr nur die Erklärung der Annahme *gegenüber* dem Offerenten. Im Falle des B.G.B. § 151 erfolgt die Annahme entweder stillschweigend oder durch eine Willenserklärung, die zwar nicht dem Offerenten, sondern einem Dritten gegenüber abgegeben wird [4]). Da es also auch in diesem Falle einer Annahme bedarf, so muß diese in der Form des B.G.B. § 313 geschehen. Zu den Fällen der stillschweigenden Annahme gehört vor allen Dingen die Vornahme einer Erfüllungshandlung, in der sich der definitive Annahmewille betätigt. Nach dem Gesagten vermögen aber derartige Handlungen z. B. die Besitzübergabe des veräußerten Grundstücks an den Antragsteller oder die Zahlung an ihn den obligatorischen Grund-

---

[1]) Staub Exkurs zu § 361 Anm. 10; Düringer-Hachenburg § 350 Nr. III, 2; Dernburg Bd. I S. 386 Anm. 6 (Privatrecht) Bd. II Abs. 1 S. 176; Lobe, Form des Rechtsgeschäfts S. 28; Stranz, Gutachten zum Juristentag S. 151 Nr. 4.

[2]) Jastrow im 22. Jahresbericht über die Wirksamkeit der Juristischen Gesellschaft in Berlin 1900—1901 S. 15 Nr. 13.

[3]) R.G. in J.W. 1903 Beilage 32 Nr. 65 und 66.

[4]) Planck I § 151 Nr. 4 (S. 200) und Ernst Zitelmann, die Rechtsgeschäfte im Entw. des B.G.B. 1889 Bd. I S. 132.

veräußerungsvertrag ohne Beurkundung der Annahme nicht zu perfizieren. Wird aber in einem Falle des B.G.B. § 151 die Annahme ausdrücklich gegenüber einem Dritten, der Richter oder Notar ist, im Einverständnis mit dem Antragsteller erklärt, so liegt eine gültige Annahme vor, vorausgesetzt, daß die sonstigen Formen der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung eingehalten worden sind.

Dadurch, daß B.G.B. § 313 die Beurkundung des Vertrags, d. h. des Antrags und der Annahme verlangt, unterscheidet er sich wesentlich von einer anderen im Gesetz aufgestellten Kategorie von Formalverträgen, nämlich denjenigen, in welchen nur das Versprechen, nicht aber die Annahme desselben an eine Form geknüpft ist (z. B. bei der Schenkung B.G.B § 518). Hier kann die Annahme in jeder beliebigen Weise erfolgen.

3. Bisher war nur von der Form von Angebot und Annahme die Rede, dagegen nicht von den weiteren Akten, die zur Annahme und zum Angebot hinzutreten müssen, um eine Bindung der Parteien, einen Vertragsschluß zustande zu bringen. Es war nur die Frage behandelt worden, in welcher Form der Wille eines Kontrahenten in die Außenwelt treten müsse, um gültig zu sein. Nun genügt es aber weder bei der Annahme noch beim Angebot, daß sie überhaupt erklärt worden sind. Vielmehr sind die beiden letztgenannten Rechtsgeschäfte empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte, d. h. der erklärte Wille ist nur dann von Bedeutung, wenn die Erklärung auch dem Gegenkontrahenten zugegangen ist. Der Wille, mit der Erklärung Rechtsfolgen hervorbringen zu wollen, manifestiert sich hier noch nicht in dem Niederschreibenlassen der Erklärung, sondern erst in der Begebung der Urkunde an den Adressaten[1]). Der Vertrag setzt sich daher regelmäßig aus 4 Akten zusammen, nämlich aus 1. der Erklärung des Angebots, 2. der Übermittlung des Angebots, 3. der Abgabe einer mit dem Angebot übereinstimmenden Annahmen, 4. der Übermittlung der Annahme.

Der bisher besprochene B.G.B. § 128 regelt nur die Form der Angebots- und Annahmeerklärungen. Dagegen spricht er nicht von den weiteren Umständen, die erforderlich sind, um auf Grund der Erklärungen einen Vertrag zustande zu bringen, nämlich über den Austausch der Erklärungen unter den Kontrahenten. Daher beweisen die das Angebot und die Annahmen enthaltenden Urkunden auch nur, daß Erklärungen dieses

---

[1]) Hölder I § 128, Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen Heft I, Vorverhandlungen bei Verträgen S. 3—24; Ernst Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entw. des B.G.B. 1889 I S. 27, 120—123.

Inhalts abgegeben worden sind, nicht aber auch, daß ein diesbezüglicher Vertrag zustande kam. Es wird durch sie noch nicht bewiesen, daß A sein Angebot dem B gegenüber abgegeben hat, daß die beurkundete Annahme des B sich auf das Angebot des A bezieht, und daß die Annahme des B dem A wiederum (und zwar rechtzeitig) zugegangen ist.

Der Vertragsschluß bei getrennter Protokollierung von Antrag und Annahme ist stets ein Vertrag unter Abwesenden. Der Zugang der Erklärungen und damit das Zustandekommen des Vertrags muß sich nun, soweit nicht besondere Vorschriften bestehen, nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über das Zugehen einer Willenserklärung vollziehen [1]). Es ist also die Vorschrift des B.G.B. § 130 maßgebend. Es genügt daher noch nicht die bloße zufällige Kenntnis der Protokollierung auf seiten des Gegenkontrahenten oder die bloße Mitteilung, man habe eine bestimmte Erklärung zu Protokoll gegeben; vielmehr muß das Protokoll oder eine Ausfertigung desselben mit Willen des Erklärenden zugegangen sein oder es ihm sonst mit Einverständnis des Erklärenden zur Einsicht mitgeteilt oder vorgelegt worden sein [2]). Alle diese Sätze gelten dann auch ohne weiteres für das Angebot: es liegt also nur dann ein gültiges Angebot vor, wenn das notarielle Protokoll über dasselbe dem Gegner zugegangen ist.

Eine positive Ausnahme von dem Prinzipe, daß nur eine zugegangene Willenserklärung wirksam ist, enthält nun B.G.B. § 152 für die Annahme beim gerichtlichen oder notariellen Vertrag inter absentes. Diese übrigens dispositive Bestimmung erklärt einen gerichtlichen oder notariellen Vertrag schon mit der Beurkundung der Annahme für perfekt. Es ist also nicht erforderlich, daß das Protokoll über die Annahme dem Vertragsgegner übermittelt wird oder daß dem letzteren überhaupt eine Mitteilung davon gemacht werden muß. Mit der Protokollierung der Annahme sind beide Kontrahenten gebunden.

[1]) Zugegangen ist eine Willenserklärung inter absentes, also auch ein Angebot, sobald der Adressat die Mitteilung in verkehrsüblicher Weise in seine tatsächliche Verfügungsgewalt bekommt und ihm in dieser Weise die Möglichkeit der Kenntnisnahme verschafft ist. R.G. 50 S. 194 ff.; R.G. in J.W. 1902, Beil. S. 210; Neumann I S. 121 § 130 A I, 1 a; Dornberg, Privatrecht, S. 398 (§ 132); Planck, Vorbemerkung I, 2 zu §§ 116 ff. S. 164, Hölder I § 88 S. 393.

[2]) Will R.G. 49 S. 130 u. 131 nur sagen, daß wenn dem Vertragsgegner im Einverständnis mit dem Erklärenden von dem Protokoll Kenntnis geworden ist — und darauf weist die Sachlage hin —, so ist die Entscheidung zu billigen. Wenn aber gesagt werden will, daß die Erklärung schon dann zugegangen sei, wenn der Gegenkontrahent, gleichviel ob mit oder ohne Willen des Erklärenden, von ihr Kenntnis erlangt hat, so geht die Entscheidung viel zu weit.

Daraus folgt weiterhin, daß für die in Betracht kommenden Verträge die Vorschriften des B.G.B. § 147 Abs 2 keine Anwendung finden kann. Diese Bestimmung, wonach der Offerent an seinen inter absentes gemachten Antrag nur solange gebunden ist als er den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf, setzt eben ein Zugehen der Annahme voraus.

Im Falle der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Vertrags ist für die Frage, wie lange der Offerent gebunden ist, innerhalb welcher Zeit die Annahme erfolgen muß und wann das Offert erlischt, in erster Linie der Wille des Offerenten maßgebend [1]), so wie dies in dem Protokoll, sei es expressis verbis, festgelegt ist oder wie er im Wege der Auslegung ermittelt werden kann.

Die ausdrückliche Setzung einer Frist, innerhalb der die Annahmeerklärung dem Offerenten zugegangen sein muß, ist natürlich das Empfehlenswerteste. Zum mindesten aber sollte der Antragsteller sich ausbedingen, daß die Beurkundung bei einer bestimmten Stelle erfolgen müsse. Denn sonst kann er durch die Vorschrift des § 152 in die größte Verlegenheit kommen, da er oft nicht in der Lage ist, Erkundigungen einzuziehen, ob und wann die Beurkundung erfolgt. Übrigens ist die Erklärung nur eine bestimmte Zeit an den Antrag gebunden sein zu wollen, in dubio dahin auszulegen, daß es nicht genügt, wenn die Annahme innerhalb jener Zeit protokolliert wird, sondern daß die Annahmeerklärung bis zu jenem Zeitpunkt auch dem Offerenten zugegangen sein muß [2]): es muß also rechtzeitig das Protokoll über die Annahmeerklärung dem Gegner mitgeteilt sein. Doch kann der Parteiwille in diesem Fall dahin gehen, daß die bloße Benachrichtigung, jener Akt sei erfolgt, genügen soll.

Enthält das Protokoll eine ausdrückliche Erklärung des Offerenten, wie lange er gebunden sein wolle, nicht, so ist sein Wille im Wege der Auslegung aus den Umständen des konkreten Falls zu entnehmen. In der Regel wird eine auf Treu und Glauben und der Verkehrssitte fußende Auslegung zu der Annahme führen, daß der Antragsteller nur solange gebunden sein will, als der Annahmeempfänger braucht, um bei tunlicher Beschleunigung die Protokollierung der Annahme herbeizuführen. Hierbei ist in concreto die mehr oder minder leichte Zugänglichkeit der Urkundsperson in Betracht zu ziehen [3]).

---

[1]) R.G. 49 S. 131; B.G.B. § 152 S. 2 und § 151 S. 2.

[2]) R.G. 49 S. 132, 43 S. 65, 53 S. 61; Regelsberger a. a. O. S. 78 ff; Hölder § 152 Abs. 3; R.G. in J.W. 1902, S. 865; Seuffert 57 Nr. 89.

[3]) Neumann I § 152 Nr. 1; Rehbein, B.G.B. Bd. I S. 223; R.G. 49 S. 132. Vgl. auch Hölder § 152 Abs. 3.

Jedenfalls aber wird man dem Antragsteller das Recht einräumen müssen, auch nachträglich, freilich in der vorgeschriebenen Form, zur Fristsetzung greifen zu dürfen.

4. Notwendig zum Zustandekommen des Formalvertrags ist endlich, daß der getrennt protokollierte Antrag und die getrennt protokollierte Annahme sich zwar nicht wörtlich, aber inhaltlich decken, daß also die Erklärungen übereinstimmen und zwar sowohl bezüglich der essentialia negotii, wie bezüglich der subjektiv wesentlichen Beredungen[1]).

III. Der wesentliche Unterschied zwischen dem Abschluß des Vertrags vor der Urkundsperson und der bloßen Beurkundung des Vertrags vor Gericht und Notar zeigt sich am deutlichsten in der Frage des Beweises des Vertragschlusses.

1. Es steht im ersteren Falle der Abschluß des Vertrages zwischen den Parteien ohne weiteres fest und kann nach § 415 C.P.O. nur durch den Beweis der unrichtigen Protokollierung wiederlegt werden. Insbesondere ist die Einrede des offenen Dissenses, die nichts weiter ist, als ein Bestreiten des Geschäftsschlusses, hier nicht denkbar: es liegt ein offener Dissens dann vor, wenn sich die Parteien bis zum Abbruch der Verhandlungen voll bewußt sind, daß eine Einigung nicht stattgefunden hat. Allein gerade in der Vornahme der Beurkundung liegt die Manifestation von seiten der Parteien, daß sie handelseins geworden sind und keine Differenz zwischen ihnen mehr bestehe. Die Beurkundung des Abschlusses des Vertrags durch Gericht oder Notar bringt den vollen Beweis für das endgültige Zusammenkommen desselben: die Einrede, es liege nur eine Punktation vor, der Vertrag enthalte offene Lücken, man habe gegen eine Erklärung des Gegenkontrahenten den Widerspruch aufrecht erhalten, die Verhandlung sei vor dem Abschluß abgebrochen worden oder gescheitert, es liege ein der Ergänzung bedürftiger Akt vor, z. B. nur eine Offerte ist ausgeschlossen, wenn nicht der Beweis der absichtlich unrichtigen Beurkundung geführt werden kann.

2. Bei der getrennten Beurkundung des Vertrags ist dagegen die Einwendung, es fehle an einem endgültigen Vertragsschluß, sehr wohl möglich. Jede Partei kann behaupten, es fehle an einem für den Vertragsschluß wesentlichen Bestandteil. Dies selbst dann, wenn Annahme und Antrag beurkundet vorliegen. Selbst dann kann es sich um bloße Punktationen handeln: es ist die Behauptung möglich, der Antrag sei nicht zugegangen, er sei ohne Willen des Erklärenden zugegangen und daher nicht abgegeben, die Annahme sei erfolgt zu einer Zeit, als der

[1]) Zitelmann I S. 123 § 78 Abs. 1.

Antrag nicht mehr bindend gewesen sei, endlich es sei in einem Falle, wo der Parteiwille es vorgeschrieben habe, die Annahme nicht zugegangen[1]). Das sind die Einwendungen des § 154. Hier muß dann der, welcher den Vertragsschluß behauptet, beweisen, daß alle Bestandteile, welche zum Vertragsschluß gehören, vorliegen. Diesen Nachweis kann er im Wege des Urkundenbeweises allein nicht führen. Vielmehr kann er auf diesem Wege nur beweisen, daß Antrag und Annahme zu Protokoll erklärt sind. An und für sich muß er die anderen Momente durch andere Beweismittel dartun. Freilich genügt regelmäßig die Vorlegung der Urkunde, um den Beweis als geführt anzusehen, da die Existenz und der Besitz solcher Urkunden die wichtigsten Inzichte für den Vertragsschluß sind. Bestreitet der Gegner, daß er eine Erklärung „abgegeben" habe, befindet aber die Urkunde, welche die Erklärung enthält, sich in den Händen des den Vertragsschluß behauptenden Gegenkontrahenten, so muß der Erklärer dartun, daß sie ohne seinen Willen dem anderen zugekommen sei. Behauptet der Gegner, daß er seine eigene Erklärung noch rechtzeitig widerrufen habe, so trägt er nach der Fassung des § 146 B.G.B. den Beweis. Wird die Behauptung aufgestellt der Gegenkontrahent habe die von ihm abgegebene Erklärung widerrufen, so muß derjenige, der dies behauptet, es auch beweisen. Gegenüber der Behauptung, der Antrag sei abgelehnt, genügt die Vorlegung des Protokolls über die Annahme. Eines Nachweises, daß die Annahmeerklärung abgegeben und zugegangen sei, bedarf es nach § 152 B.G.B gewöhnlich nicht[2]). Gegenbeweis gegen all die genannten Indizien für den Vertragsschluß ist aber selbstverständlich stets zulässig.

3. Verschieden von dem Falle des offenen Dissenses ist derjenige des „versteckten Dissenses", der dann vorliegt, wenn die Parteien beide annehmen, sie seien willenseins geworden, ihre Erklärungen decken sich, während sie, wenn auch nur bezüglich eines Punktes, sich nicht decken. Das kann selbstverständlich sowohl beim Abschluß des Vertrags vor der Urkundsperson, wie auch bei der getrennten Beurkundung vorkommen. Insbesondere ist ein hierher gehöriges Beispiel, daß die Parteien einen Punkt zur Beschlußfassung zurückgestellt haben, ihn aber irrtümlich bei der Beurkundung übersehen haben[3]) oder daß die Erklärungen, die anscheinend übereinstimmen, sich nur dem Worte nach, nicht aber dem Sinne nach decken: z. B. A besitzt zwei Häuser in X. Das eine (eine von ihm erbaute Villa) nennt er sein Schloß. Das andere war früher ein Schloß, was dem

[1]) Hölder I § 128; Neumann I § 128 Nr. 1.
[2]) Zitelmann I S. 123, II S. 34; Kammergericht in O.L.G. IV S. 211 u. 212.
[3]) Leonhard, Der allgemeine Teil des B.G.B., Berlin 1900, § 94 S. 423.

A nicht bekannt war, wohl aber dem Liebhaber B. Er will dem A das alte Schloß abkaufen; A versteht unter diesem Offert seine Villa[1]). Hier will jeder etwas anderes, während die Erklärungen sich zu decken scheinen, hier liegt ein unvollständiges Geschäft vor: prinzipiell wäre es mangels vollständiger Einigung nichtig. Allein das wäre, zumal wenn es sich um einen untergeordneten Punkt handelt, offenbar unbillig. Daher stellt § 155 B.G.B. zwar das Prinzip auf, das Geschäft sei in einem solchen Fall mangelnden Konsenses halber unwirksam, allein es gibt jeder Partei das Recht, zu beweisen, daß der Vertrag ohne Veredung über den betreffenden Punkt zustande gekommen wäre. Gelingt dieser Beweis, so ist der Vertrag als gültig zu behandeln. Es kommt hier darauf an, ob der ausgefallene Punkt wesentliche Vertragsbestimmungen enthält oder nicht. Die fehlende Bestimmung ist dann nach den despositiven Bestimmungen des Gesetzes über den betreffenden Punkt und nach dem aus den konkreten Umständen zu erforschenden Parteiwillen zu ergänzen[2]).

Hierhin gehört ferner noch der Fall, wo die Erklärung *eines* der Kontrahenten bezüglich einzelner Punkte aus irgendeinem Grunde, obwohl ein Konsens der Parteien vorlag, nichtig ist, oder durch Anfechtung nichtig wird[3]). Deswegen ist hierher auch die Sachlage zu rechnen, daß bezüglich einzelner Punkte eine *formwidrige* Erklärung eines der Vertragsgegner vorliegt, was bei getrennter Protokollierung immerhin vorkommen kann. Hier ist also die Erklärung einer Partei gültig, die der anderen nur teilweise.

Dagegen fällt nicht unter B.G.B. § 155 der Fall, wo die Erklärung beider Parteien formungültig ist. Hier kann man von einem versteckten Dissens nicht reden. Die getroffene Vereinbarung ist hier wegen Formmangels nichtig[1]). Ein großer Unterschied zwischen den Geschäften, bei denen nur die Erklärung einer Partei wegen Formmangels teilweise ungültig ist, und denen, bei welchen die beiderseitigen Erklärungen beider Kontrahenten an teilweiser Formwidrigkeit leiden, besteht, soweit es sich um einen Vertrag im Sinne des § 313 B.G.B. handelt, im Resultate

---

[1]) Gleich liegt der Fall, wenn eine Partei den 1. Januar nach neuem Kalender, die andere nach altem Kalender, die eine Frankfurt am Main, die andere Frankfurt an der Oder meint.

[2]) Wesentlich verschieden von diesem Fall ist der, daß eine Partei die Bedeutung und den Inhalt der Erklärung der Gegenpartei falsch versteht und ihr zustimmt. Hier will sie etwas anderes als sie erklärt. Es liegt ein Fall des Irrtums vor. Zitelmann II S. 1 ff.; R.G. in J.W. 1901 S. 495.

[3]) R.G. Gruchot 44 S. 945; Planck I § 155 S. 202; Hölder I § 155 S. 338; Neumann § 155 Nr. 1—3 S. 144 ff.; Dernburg, Privatrecht I § 128 S. 384; Krome Bd. I § 90, II S. 406; Staub II § 350 Anm. 49 ff. S. 1095.

nicht. Denn bei beiden ist nicht der ganze Vertrag nichtig, wenn es sich um einen unwesentlichen Vertragsteil handelt und hier wie dort wird durch die Grundübereignung sowohl die nichtige Erklärung beider Kontrahenten, als auch die mit Bezug auf einzelne Vertragspunkte formwidrige Erklärung eines Kontrahenten geheilt[1]).

§ 5.

Die Form des B.G.B. § 313 ist Minimalform.

Mit wenigen Worten soll hervorgehoben werden, daß bei obligatorischen Grundübereignungsverträgen die Form des § 313 B.G.B. die Minimalform ist, d. h. es ist bei allen denjenigen Verträgen, bei denen die Eingehung der Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung an Grundstücken in Betracht kommt mindestens die Form des § 313 B.G.B. zur Anwendung zu bringen[2]). Das gilt namentlich auch bei den Verträgen, bei welchen das Gesetz für gewöhnlich eine schwächere Form genügen läßt. Als Beispiele kommen hier in Betracht vor allem die Schenkung. Hier wird für gewöhnlich nur die notarielle Beurkundung des Schenkungsversprechens verlangt. Wird aber schenkweise die Übertragung von Grundeigentum versprochen, so muß der gesamte Vertrag, also auch die Annahme beurkundet werden[3]). Beim abstrakten Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis genügt einfaches schriftliches Versprechen der Leistung. Wird aber Übereignung eines Grundstücks abstrakt versprochen oder anerkannt, so genügt nicht einfache Schriftform, vielmehr muß der ganze Schuldvertrag in der Form des § 317 beurkundet werden. Übrigens ist in diesem Falle, der bei Schenkungen hin und wieder vorkommen wird, die Anwendung der strengeren Form im Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben, um die Umgehung der Formvorschrift durch Einkleidung der Leistung in ein abstraktes Schuldversprechen zu verhindern[4]) (§§ 780 und 781 S. 2 B.G.B.).

---

[1]) Vgl. über diese Frage Leonhard § 94 a. E. S. 428.

[2]) Doch läßt E.G. B.G.B. Art. 142 Ausnahmen zugunsten der Landesgesetzgebung zu und hiervon hat z. B. das preußische A.G. B.G.B. zugunsten des Rentengütervertrags eine Ausnahme gemacht, soweit ein solcher unter der Mitwirkung einer Behörde, so durch die Vermittlung der Generalkommission oder mit dem Staate selbst abgeschlossen wird (Art. 12 § 1 Abs. 1 A.G. B.G.B.). Hier genügt einfache Schriftform.

[3]) Krome II § 230 Anm. 65 S. 511.

[4]) Dr. Fritz Klingmüller, Das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis. Jena 1903, S. 79 ff.; Krome Bd. II § 304 S. 911 und § 305a S. 915; Neumann Bd. I § 782 S. 482.

Allein § 313 des B.G.B. ist nur eine Minimalform. Überall da, wo das Gesetz mit Rücksicht auf die Art des Vertrages eine strengere Form, als diejenige des § 313 B.G.B. in bezug auf vermögensrechtliche Verträge verlangt, kommt diese zur Anwendung, auch dann, wenn Gegenstand des Vertrages lediglich die Verpflichtung zur Grundübereignung ist. Als strengere Form gegenüber derjenigen des § 313 B.G.B. kommt, wie schon erwähnt, die Form des Abschlusses des Vertrags bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Kontrahenten vor Gericht oder Notar in Betracht: so z. B. der Ehevertrag (§ 1434), und der Erbvertrag, sowie seine vertragsmäßige Aufhebung (§§ 2276 und 2290). Beispiele sind hier, daß bei dem gesetzlichen Güterstand der Ehemann verspricht, ein ihm gehöriges Grundstück der Ehefrau als Vorbehaltsgut zu übereignen, ferner daß bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, ein Gatte dem andern verspricht, daß ein zum Gesamtgut gehöriges Grundstück ihm zu Vorbehaltsgut übertragen werden soll ꝛc.[1]). Hier ist überall die Form des § 1434, nicht die des § 313 anzuwenden. Das gleiche gilt, wenn eine Person sich durch Erbvertrag verpflichtet, einem anderen von Todes wegen ein Grundstück zu übereignen (Erbvermächtnisvertrag).

Zu erwähnen ist endlich, daß in den Fällen, wo die Verpflichtung übernommen wird, das gegenwärtige Vermögen oder einen Bruchteil desselben zu übertragen, ferner eine angefallene Erbschaft zu verkaufen (B.G.B. §§ 311, 2371, 2385), der gesamte Vertrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf. Wenn unter dem Vermögen oder Erbschaft sich Grundstücke befinden, so ist für die Verpflichtung zur Grundübereignung keine besondere Beurkundung nötig.

§ 6.

Die Urkundsperson.

I. Was zunächst die sachliche Zuständigkeit betrifft, so kann die Beurkundung, die § 313 B.G.B. verlangt, sowohl von einem Gerichte, wie von einem Notar vorgenommen werden. Die Beteiligten haben die freie Wahl, welches Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit sie mit Vornahme des Geschäfts betrauen wollen[2]).

[1]) Hierher gehört auch der Ehevertrag, durch welchen bei der Errungenschaft vereinbart wird, daß das eingebrachte Grundstück eines Gatten in das eingebrachte Gut eines andern Gatten übergehen soll, ferner ein solcher, durch den vereinbart wird, daß ein eingebrachtes Grundstück eines Gatten Gesamtgut der Errungenschaft werden soll. Denn letztere Verträge haben noch keine dingliche Wirkung (vgl. Neumann II § 1520 Nr. 2).

[2]) Die zuständigen Gerichte sind nach F.G.G. § 167 Abs. 1 die Amtsgerichte. Die Verhältnisse des Notariats sind reichsgesetzlich nicht geregelt.

Von dieser Regel greift nur da eine Ausnahme Platz, wo das Reichsrecht es der Landesgesetzgebung überläßt, abweichende Bestimmungen zu treffen und diese davon Gebrauch gemacht hat. Das Reichsrecht läßt in mannigfacher Richtung solche Ausnahmen zu.

1. Einmal gestattet es Art. 141 E.G. B.G.B. daß die Landesgesetzgebung die alternative Zuständigkeit der beiden Organe beschränken und ausschließlich gerichtliche oder ausschließlich notarielle Zuständigkeit für die Beurkundung von Rechtsgeschäften vorschreibt. Das bezieht sich aber selbstredend nur auf diejenigen Geschäfte, welche bei einer Behörde des betreffenden Bundesstaats beurkundet werden. Dagegen kann die Landesgesetzgebung nicht bestimmen, daß eine Urkunde, welche in einem anderen Bundesstaate, in welchem beide Urkundspersonen zuständig sind, errichtet ist, in dem Gebiete des die Zuständigkeit beschränkenden Bundesstaats ungültig sei[1]). Von dieser Bestimmung haben aber die wichtigeren Bundesstaaten keinen Gebrauch gemacht[2]).

2. Allein der Kreis der Behörden, die für die Beurkundung der in § 313 bezeichneten Verträge sachlich zuständig sind, kann gemäß Art. 142 E.G. B.G.B. durch die Landesgesetzgebung auch erweitert werden[3]), jedoch nur mit Beschränkung auf die in dem betreffenden Staate belegenen Grundstücke. Daraus folgt, daß die Zuständigkeit dieser Behörden sich nicht auf Grundstücke anderer Staaten bezieht, ebenso daß die Zuständigkeit nur auf Landesbehörden, nicht auf andere auswärtige Behörden erstreckt werden kann. Ebensowenig kann das Landesgesetz Notare oder Gerichte anderer Bundesstaaten für unzuständig erklären Verträge über die Grundstücke seines Gebietes zu beurkunden. Fernerhin ist die Landesgesetzgebung auch nicht befugt, andere Behörden, als die in § 313 bestimmten ausschließlich für zuständig zu erklären und die Gerichte und Notare gänzlich auszuschließen. Vielmehr kann sie jene nur neben diesen Behörden für zuständig erklären. Aus der Vergleichung von Art. 141 und 142 des E.G. B.G.B. ergibt sich, daß in jedem Bundesstaate mindestens eines der in § 313 genannten Organe für die Beurkundung der Liegenschaftsveräußerungsverträge zuständig sein muß[4]).

---

[1]) Denn Art. 11 E.G. B.G.B. spricht für alle obligatorischen Verträge den Satz aus: locus regit actum.

[2]) Gebrauch gemacht haben: Sachsen-Koburg-Gotha A.G. Art. 9, Reuß ä. L. § 148, Lippe A.G. § 14, Bremen A.G. § 6, endlich Hamburg F.G. § 9.

[3]) In Preußen macht Art. 12 §§ 2 und 3 des A.G. B.G.B., in Württemberg Art. 33 und 35 des A.G. B.G.B. von diesem Vorbehalt Gebrauch.

[4]) Die Vorschrift des Art. 142 E.G. B.G.B. ist dahin zu verstehen, daß das Landesgesetz nicht nur andere Urkundspersonen bestimmen kann, vielmehr daß es auch

3. Eine andere Gruppe, wo die Landesgesetzgebung eine vom B.G.B. § 313 abweichende Regelung der Beurkundung von Grundübereignungsverträgen freisteht, umfaßt diejenigen Rechtsinstitute und Materien, die durch das B.G.B. ausschließlich der Landesgesetzgebung überlassen sind. Soweit also bestimmte Arten der obligatorischen Grundübereignungsverträge dem Landesrecht überlassen sind, wie die Enteignung, Rentengüterkauf u. s. w., kann dieses besondere Behörden für ausschließlich sachlich zuständig erklären oder auch andere Formen, wie z. B. einfache Beurkundung vorschreiben [1]).

II. Weiterhin aber trifft das Reichsrecht selbst in gewissen Fällen Ausnahmen von der Regel des § 313, insofern es auch die Beurkundung durch andere Behörden zuläßt. Das sind die obligatorischen Liegenschaftsveräußerungen, die sich im Rahmen besonderer Verfahren abspielen. Zwar bleibt der Inhalt des Rechtsgeschäfts derselbe, wie bei Verträgen, die sich im Verkehr des täglichen Lebens abspielen. Allein hier werden die Wirkungen des Geschäfts erhöht und ausgedehnt. Da es sich um Veräußerungsverträge handelt, die sich in einem besonderen Verfahren abspielen, so ist die Folge hiervon, daß die besonderen Formen des Verfahrens sich auch auf die Liegenschaftsverträge erstrecken und die sonst für das Rechtsgeschäft erforderliche Formen ersetzen.

1. Vor allem gehört hierhin das amtliche Nachlaßauseinandersetzungsverfahren. Hier wird nämlich durch F.G.G. §§ 91 und 93 der Akt der Beurkundung über alle im Laufe der Nachlaßauseinandersetzung vor dem Nachlaßgericht getroffenen Vereinbarungen über die Art der Teilung, über die Zuweisung einzelner Nachlaßgegenstände an bestimmte

über die Art der Beurkundung Vorschriften aufstellen kann, die eine andere Art der Beurkundung bestimmen, als die, welche durch das Gesetz über die freiw. Gerichtsb. §§ 168—180 vorgesehen ist. Allein dann müssen positive Bestimmungen über die Form der Beurkundung in dem betreffenden Landesgesetz getroffen sein. Enthält das Landesgesetz über den letzteren Punkt keine Vorschriften, so bringt es damit zum Ausdruck, daß es dem Reichsgesetz nicht derogieren will. Das Landesgesetz hebt das Reichsgesetz nur insoweit auf, als es eine ausdrückliche Aufhebungsbestimmung gibt. Schweigt es also über die Form der Beurkundung, so **muß** die Urkundsperson lediglich die Form des F.G.G. §§ 168—180 anwenden, sonst ist der Vertrag nichtig. Das gilt insbesondere für Württemberg. Dagegen schreibt das preuß. A.G. B.G.B. für Rentengutsverträge die Schriftform, für die Beurkundung von Grundstücksveräußerungsverträge, die sonst durch andere Behörden, als die des B.G.B. § 313 erfolgen kann, die entsprechende Anwendung des § 168 S. 2 und der §§ 169—180 des F.G.G. und des § 191 G.B.G., sowie des Art. 41 des preuß. F.G.G. vor.

[1]) Preuß. Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874 §§ 16 und 17; A.G. B.G.B. Art. 12 § 1 (Rentengüterkauf).

Erben (sog. vorbereitende Maßregeln) und auch über die endgültige Vollziehung der Teilung (die Auseinandersetzung selbst) in die Hand des Nachlaßrichters gelegt; er hat die getroffenen Vereinbarungen zu beurkunden (und zu bestätigen). Die Protokollierung und die rechtskräftige Bestätigung einer vorgängigen Vereinbarung oder der ganzen Auseinandersetzung hat die fernere Wirkung, daß aus ihr die Zwangsvollstreckung stattfindet[1]). Dabei werden im Gesetz keine Ausnahmen bezüglich bestimmter Arten von Gegenständen, wie z. B. der Grundstücke, gemacht. Daraus folgt, daß sowohl Vereinbarungen, durch welche die Übereignung eines Nachlaßgrundstückes an einen Miterben stipuliert wird, als auch die Beredung, daß ein Nachlaßgrundstück reell oder ideell unter den Miterben geteilt werde, vor dem Nachlaßrichter gültig getroffen werden können und durch die Beurkundung jenes Geschäfts von seiten des Richters die Form völlig gewahrt wird, so daß es keiner Beurkundung gemäß B.G.B. § 313 mehr bedarf. Es müssen aber die Vereinbarungen unter den „Beteiligten" getroffen sein[2]). Für Beurkundung von Vereinbarungen zwischen Beteiligten und Dritten (z. B. Vermächtnisnehmern) ist der Nachlaßrichter nicht zuständig. Weiter muß die Vereinbarung vor dem Nachlaßrichter selbst stattgefunden haben. Vereinbarungen, welche die Beteiligten, die zwar in eine Nachlaßauseinandersetzung eingetreten sind, außerhalb dieses Verfahrens schließen, bedürfen der Form des § 313 B.G.B. Endlich gilt jene besondere Beurkundung nur bezüglich derjenigen Grundstücke, welche Objekt der Nachlaßauseinandersetzung sind, also nur bezüglich der Nachlaßgrundstücke.

---

[1]) Ob freilich aus einer vom Nachlaßrichter bestätigten Vereinbarung, welche auf Übereignung eines Nachlaßgrundstückes auf einen Erben oder auf mehrere nach ideellen oder reellen Quoten gerichtet ist, die Zwangsvollstreckung in der Weise zulässig ist, daß mit Rechtskraft der Vereinbarung die auf Abschluß des dinglichen Vertrags gerichtete Willenserklärung, also die von seiten des Veräußerers abzugebende Auflassungserklärung als bewirkt gilt, so daß also der Erwerber mit der rechtskräftigen Auseinandersetzung vor dem Grundbuchamte erscheinen kann und, da ja die Auflassungserklärung des Veräußerers als abgegeben gilt, seinerseits nur die Erwerbserklärung abzugeben braucht, um die Auflassung zu vollenden oder ob, wenn der Miterbe seiner Verpflichtung zur Grundübereignung nicht nachkommt, der Berechtigte auf Vollziehung des Veräußerungsvertrags klagen muß, ist äußerst bestritten und muß im zweiten Sinne richtigerweise beantwortet werden.

[2]) Über diesen Begriff vgl. Denkschrift zum F.G.G. S. 61 und Dorner S. 379 (§ 86 Nr. 4). Beteiligte sind die Miterben, bisweilen auch die Nacherben, der Erwerber eines Erbteils, nicht aber die Vermächtnisnehmer, die durch eine Auflage Bedachten, die Nachlaßgläubiger.

2. Ebenso wie vor Organen des Nachlaßgerichts formgültig Liegenschaftsveräußerungsverträge abgeschlossen werden können, trifft dies für derartige Geschäftsschlüsse vor einem Organ der streitigen Gerichtsbarkeit zu. Bekanntlich kennt die C.P.O. eine Reihe prozessualer Rechtsgeschäfte. Auf der einen Seite stehen solche, die rein prozessualer Natur sind, auf der anderen solche, die dem Zivilrecht und Zivilprozeßrecht angehören, d. h. solche, die für gewöhnlich außerprozessual abgeschlossen werden, aber auch in einer von der C.P.O. vorgeschriebenen Form innerhalb des Verfahrens vorgenommen werden können; unter diesen hebt die C.P.O. besonders hervor den Verzicht, das Anerkenntnis und den Vergleich. Während die Folge der beiden ersten Rechtsgeschäfte stets ein Urteil, also ein Akt des Prozeßrichters ist, ist für ein solches beim Prozeßvergleich kein Raum. Denn das Wesen des prozessualen Vergleichs besteht darin, daß er schlechthin prozeßerledigender Vertrag ist. Überall da, wo der Prozeß durch Vereinbarung der Parteien vor dem Prozeßrichter beendet wird, liegt ein Prozeßvergleich vor: in materieller Beziehung geht der Prozeßvergleich weit über den Inhalt des außerprozessualen Vergleichs hinaus, dessen Voraussetzung stets ein gegenseitiges Nachgeben in einer res dubia ist[1]). Es kommt hier der Vergleichsabschluß durch mündliche Parteierklärung vor dem Prozeßgericht oder dem beauftragten, beziehungsweise ersuchten Richter zustande. Es soll über den Abschluß ein Protokoll aufgenommen werden, das seinerseits gewissen, durch die C.P.O. aufgestellten Erfordernissen entsprechen soll (C.P.O. §§ 160, 162 und 163)[2]) und dessen prozessuale Bedeutung darin besteht, daß die Zwangsvollstreckung aus demselben stattfindet. Ist aber dem Prozeßrichter die Fähigkeit zugesprochen, daß vor ihm Verträge abgeschlossen werden können und er zu ihrer Beurkundung zuständig ist, so folgt daraus, daß es sich hier nicht um Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt. Vielmehr handelt es sich hier um ein in erster Linie prozessuales Rechtsgeschäft, das sich daher auch in den geschilderten Formen der C.P.O vollziehen muß. Diese genügen aber auch, um das Geschäft

[1]) Vgl. Dr. Julius Hedeman, „Der Vergleichsirrtum", Jena 1902 S. 67 ff., mit ausführlichen Literaturnachweisen.

[2]) Über die Form des Abschlusses des Prozeßvergleiches siehe C.P.O. § 794 Nr. 1. Unrichtig Gaupp-Stein II S. 508, der zu Unrecht zwischen Vergleich vor dem Prozeßgericht, oder mündlich zustande kommen soll, und dem Abschluß vor beauftragtem und ersuchtem Richter, wobei die Protokollierung Teil des Vertragsschlusses sein soll, unterscheidet. Falsch auch O.L.G. Posen in O.L.G. I 238, das ausspricht, daß der Vergleich erst mit Vollziehung des Protokolls durch Richter und Gerichtsschreiber zustande kommen.

gültig zu machen. Sie ersetzen in concreto die Formen, welche für das Rechtsgeschäft dann vorgeschrieben sind, wenn es innerhalb des Rechtsverkehrs des täglichen Lebens vorgenommen wird. Das gilt für alle Geschäfte, soweit sich nicht aus ihrer Natur (z. B. der Auflassung) oder einer positiven gesetzlichen Vorschrift ergibt, daß sie überhaupt nicht vor dem Prozeßrichter oder im Vergleichsweg (z. B. Eheschließung) vorgenommen werden können. Das letztere trifft aber für den Liegenschaftsveräußerungsvertrag nicht zu. Es kann daher kein Zweifel darüber bestehen, daß die Form des Prozeßvergleichs völlig die Form des B.G.B. § 313 ersetzt [1]). Nicht nötig ist dabei, wie sich aus der Fassung der C.P.O. § 794 Abs. 1 ergibt, daß der Vergleich zwischen den Prozeßparteien abgeschlossen wird, ebensowenig wie das betreffende Grundstück, dessen Übereignung vergleichsweise versprochen wird, Gegenstand des Prozesses gewesen zu sein braucht. Selbstredend kann die Landesgesetzgebung nicht unter Berufung auf E.G. B.G.B. Art. 141 die Zuständigkeit des Prozeßrichters ausschließen, da diese Bestimmung sich lediglich auf den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit bezieht.

§ 7.

Die rechtliche Bedeutung der über den Vertragsschluß aufgenommenen Urkunde.

Das Resultat des Notariatsaktes ist eine Urkunde. Die rechtliche Bedeutung der Urkunde kann eine verschiedene sein. Entweder ist die Urkunde selbst Trägerin des Rechts (Wertpapier) oder die Urkunde ist lediglich Beweisurkunde, die nur den Zweck hat, durch ihren Inhalt das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses zu beweisen, während das Rechtsverhältnis auch ohne die Urkunde zu Recht besteht und sein Bestehen auch anderweit bewiesen werden kann. Zu keiner dieser Arten gehört die Urkunde des B.G.B. § 313.

I. Sie gehört vielmehr einer dritten Gruppe zu, nämlich den sogenannten konstitutiven oder dispositiven Urkunden, deren Ausstellung zur Errichtung des Rechtsverhältnisses erforderlich ist und die daneben auch zu Beweiszwecken dienen.

---

[1]) R.G. Bd. 48 S. 183 ff., O.L.G. Stuttgart in O.L.G. Bd. II S. 27. Denkschrift zum Entwurf F.G.G. § 163 (§ 167 des F.G.G.). Ferner bayr. oberstes Landesgericht in Sörgel 1903 § 313 Nr. 17.

1. Das Wesen der Dispositivurkunde besteht darin, daß die rechtserzeugenden Tatsachen in ihr enthalten sein müssen[1]). Handelt es sich um eine rechtserzeugende Willenserklärung, so muß sie in der Urkunde niedergelegt sein und zwar bei Vermeidung der Unbeachtlichkeit. Die sonst im Rechtsleben zugelassenen Formen der Willensäußerung sind in den Fällen, wo konstitutive Beurkundung vorgeschrieben ist, ausgeschlossen. Erst mit erfolgter urkundlicher Niederlegung der Erklärung gelangt dieselbe in rechtlich beachtlicher Weise zur Entstehung. Was vorher gesprochen oder in anderer Weise, als der vorgeschriebenen Beurkundung niedergelegt ist, ist ohne jede rechtliche Wirkung. Ein Vertrag kommt also, wenn für ihn konstitutive Beurkundung vorgeschrieben ist, regelmäßig erst mit der Beurkundung der übereinstimmenden Willenserklärungen zustande. Im vorliegenden Falle treten also obligatorische Wirkungen erst mit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung ein.

2. Ist der Vertrag einmal durch die Protokollierung zustande gekommen, so ist das Fortbestehen der aus ihm fließenden Verpflichtungen und Berechtigungen nicht an das Fortbestehen der Urkunde über den Notariatsaktes geknüpft[2]). Ebenso ist auch zur Geltendmachung der Vertragsrechte weder der Besitz noch die Vorlegung der Urkunde erforderlich. Vielmehr bleiben auch dann, wenn die Urkunde untergeht, die aus dem Vertrage sich ergebenden Rechte und Pflichten bestehen. Auch kann im Prozesse der Schuldner die Leistung nicht bis zur Vorlegung der Urkunde verweigern, noch kann er die Kündigung oder Mahnung zurückweisen, weil der Gläubiger die Urkunde nicht besitze oder sie nicht mehr existiere. Der Untergang der Urkunde beeinträchtigt also die Forderung in keiner Weise.

3. Nun ist aber die Urkunde neben ihrem konstitutiven Zwecke auch bestimmt, den Beweis des Vertragsschlusses und der Vertragsberedungen zu erbringen. Allein das einzige Beweismittel für die Existenz des Grundstücksveräußerungsvertrags und seiner Bestimmungen ist die Urkunde nicht. Das folgt aus C.P.O. § 286 Abs. 2 und dem Fehlen einer diese Bestimmung bei Verträgen im Sinne des B.G.B. § 313 ausschließenden Vorschrift. Der Vertragsschluß und -inhalt kann also mit jedem durch die C.P.O. zugelassenen Beweismittel (z. B. Zeugen oder Eid geführt werden). Nur muß (im Gegensatz zu den schlichten Beweisurkunden) die

[1]) Ernst Jakobi, Die Wertpapiere im B.G.B., Jena 1901 § 2 S. 3; Krome I § 63 Nr. I 2 a S. 292; Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen, Heft I S. 159 (Weimar 1868).

[2]) Jakobi l. c.

Errichtung des Protokolls für das Zustandekommen des Vertrags bewiesen werden[1]).

II. Als Urkunde ist das Protokoll über den Veräußerungsvertrag ein civilprozessuales Beweismittel, bezüglich dessen die Vorschriften der C.P.O. über den Urkundenbeweis (C.P.O. §§ 415—444) gelten. Die über Verträge im Sinne des B.G.B. § 313 formrichtig aufgenommenen Instrumente sind öffentliche Urkunden im Sinne der C.P.O. § 415, insofern den Gerichten und Notaren durch das F.G.G. in ihrer Eigenschaft als öffentliche Behörden die Errichtung von Urkunden über derartige Rechtsgeschäfte zugewiesen ist. Formgültige Urkunden erbringen den vollen Beweis des durch die Urkundsperson beurkundeten Vorgangs. Es beweist also die Urkunde, daß zu bestimmter Zeit und an bestimmtem Orte Personen vor der Urkundsperson die in der Urkunde enthaltenen Erklärungen abgegeben haben, daß die Urkundsperson den Inhalt der Urkunde zur Vorlesung gebracht hat und der Erklärende ihn genehmigt hat. Sache des Richters ist es alsdann, nachzuprüfen, ob die Parteien einen gültigen Grundstücksveräußerungsvertrag mit dem behaupteten Inhalt geschlossen haben. Der Gegenbeweis, die Erklärung sei nicht abgegeben worden, ist an und für sich unzulässig. Gegen die Urkunde kann nur der Beweis und zwar mit jedem Beweismittel geführt werden, der Vorgang sei von der Urkundsperson falsch zu Protokoll genommen, es sei also etwas von ihr beurkundet, was die Partei nicht erklärt habe, oder das, was die Partei erklärt habe, sei nicht protokolliert worden (falsche und unvollständige Protokollierung durch Verschulden der Urkundsperson), wobei es übrigens eines Nachweises dafür nicht bedarf, aus welchem Grunde die falsche Beurkundung erfolgt ist.

Die materiellen Folgen der unrichtigen Beurkundung sind hier nicht zu erörtern. Nur auf eine Frage ist einzugehen, nämlich ob es dann, wenn in der Urkunde niedergelegt ist, die Partei habe die ihr vorgelesene Erklärung genehmigt, während in Wirklichkeit der Inhalt des Protokolls die Parteierklärung falsch oder unvollständig wiedergibt und die Partei auch nicht die Absicht hatte, die unrichtige Beurkundung durch Bestätigung zu ihrer Willenserklärung zu erheben, ob es also hier genügt, daß die Urkunde mit dem Gegenbeweis des § 415, also lediglich damit angegriffen wird, die Parteierklärung sei falsch beurkundet oder ob die

---

[1]) R.G. 50 S. 424. Jakobi a. a. O. Anders und unrichtig Gareis, Handelsrecht, 7. Aufl., § 69 S. 770, der behauptet, die notarielle Urkunde über den Liegenschaftsverkauf sei ausschließlich imstande dessen Abschluß zu beweisen. Diese Ansicht hat er in seiner neuesten Auflage (1903 § 69 S. 545) aufgegeben.

Partei noch überdies den Genehmigungsakt besonders angreifen muß, sei es nun, daß sie den Beweis führt, auch der Genehmigungsakt sei falsch beurkundet, sei es, daß sie die Genehmigung als Rechtsgeschäft mit materiell-rechtlichen Angriffsmitteln bekämpft, insbesondere durch Anfechtung wegen Irrtums oder Betrugs.

Man kann in der Tat schwanken, ob die Genehmigung durch den bloßen Nachweis beseitigt werden kann, die Beurkundung der Erklärung sei falsch, man habe das aber bei der Vorlesung des Protokolls nicht wahrgenommen, also überhört. Denn es heißt den Leichtsinn der Parteien bei Vornahme wichtiger Rechtsgeschäfte unterstützen. Wird doch auch bei Privaturkunden keine Partei mit der Behauptung gehört, sie habe den Vertrag, ohne ihn durchgeprüft zu haben, unterschrieben. Allein, wie schon oben dargetan, ist die Genehmigung nichts weiter, als eine von seiten der Partei erfolgende Bestätigung, die Urkundsperson habe richtig protokolliert, nicht aber eine Willensäußerung dahin, daß, möge nun in der Urkunde stehen, was da wolle, man diesen Inhalt zur eigenen Willenserklärung erheben wolle. Darf nun nach der C.P.O. der Gegenbeweis dahin geführt werden, die Urkundsperson, die in erster Linie berufen ist, die Parteierklärungen im Protokoll richtig festzuhalten, habe unrichtig protokolliert, so darf um so weniger der die Niederschrift der Urkundsperson nur bestätigenden Parteierklärung eine weiterreichende Bedeutung beigemessen werden, zumal ja die Parteien sich mehr auf die Beurkundung des Beamten und seine Zuverlässigkeit, als auf ihre eigenen Wahrnehmungen verlassen. Es fällt also mit der Feststellung, daß eine Erklärung von der Urkundsperson zu Protokoll genommen worden ist, die eine Partei nicht abgegeben hat, der ganze Beweiswert der Urkunde in sich zusammen, sofern nur die Partei dartut, daß er die falsche Protokollierung nicht zu seiner Willenserklärung erhoben habe, weil er sie überhört habe. Diese ganze Beweisführung fällt unter C.P.O. § 415 Abs. 2[1]).

III. Nicht so, wenn zwar falsch protokolliert ist, die Partei die Abweichung von ihren Erklärungen aber wahrnimmt und sie dennoch genehmigt, weil sie glaubt, die vom Notar gewählte Fassung entspreche ebenfalls ihrem Willen. Hier liegt ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung vor und hier bedarf es einer Anfechtung der Genehmigung und Erklärung. Der Angriff des Protokollinhalts wegen Irrtums, ebenso wie der wegen Zwang und Betrug fällt aber, da die Erklärung nicht von der Urkundsperson falsch protokolliert ist, vielmehr die Erklärung in der Tat (wenn auch irrtümlich) abgegeben ist, nicht unter den Gegenbeweis

[1]) R.G. 50 S. 420; J.W. 1901 S. 493.

des § 415 C.P.O., ist aber durch denselben auch nicht ausgeschlossen oder sonst irgendwie erschwert. Auf die materiell-rechtliche Seite und die Rechtsfolgen der Willensmängel der protokollierten Erklärung ist erst später einzugehen. Hier handelt es sich nur darum, festzustellen, mit welchen Mitteln der Beweis des Mangels der Erklärung gegenüber der öffentlichen Urkunde geführt werden kann. Dieser Beweis kann mit allen Beweismitteln geführt werden und braucht sich nicht bloß auf die unmittelbar bei Aufnahme der Urkunde gepflogenen Verhandlungen und Erklärungen zu beschränken, sondern kann alle Vorgänge umfassen, welche die Annahme eines rechtlich erheblichen Irrtums, Zwangs, Betrugs ꝛc., die den Willen eines der Vertragsteile oder auch beider bei Aufnahme der Urkunde beeinflußt haben, rechtfertigen[1]). Man kann sich also zum Zwecke des Beweises der Divergenz zwischen Willen und Erklärung auch auf die mündlichen Vorbesprechungen berufen. Dasselbe gilt für die Einwendung des Scheins, des Scherzes ꝛc.

Ebenso kann auf jedwede Weise bewiesen werden, daß die Parteiberedungen durch Umstände, die in der Person der Kontrahenten liegen, sei es absichtlich oder versehentlich falsch oder unvollständig protokolliert sind.

IV. In allen Fällen muß derjenige, welcher die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Protokolls geltend macht oder behauptet, daß Willen und Erklärung sich nicht decken, den Beweis der Wahrheit seiner Behauptungen gegenüber der Urkunde führen. Denn für die Richtigkeit, Vollständigkeit, sowie für die Tatsache, daß die in der Urkunde niedergelegten Parteierklärungen auch dem Willen der Partei entsprechen, streitet die Vermutung. Derjenige, welcher eine gegenteilige Behauptung aufstellt, muß sie auch beweisen[2]). Bis dahin ist davon auszugehen, daß Beredungen, die zwischen den Parteien mündlich vereinbart waren, aber in die Urkunde nicht aufgenommen sind, bei der Erklärung fallen

---

[1]) R.G. in J.W. 1901 S. 458; Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, insbes. § 17 S. 120; Dernburg, Privatrecht I § 140 S. 423.

[2]) R.G. 4 S. 199, 52 S. 23; R.G. in Gruchot 40 S. 626, 32 S. 1087; R.G. in J.W. 1901 S. 357, 1902 Beil. 246 Nr. 139, J.W. 1903 Beil. S. 124, R.O.H.G. 2 S. 186—187, Bd. 10 S. 103, Bd. 11 S. 433; Bd. 16 S. 191, Bd. 17 S. 227; Seufferts Archiv Bd. 20 Nr. 216, Nr. 217, Bd. 6 Nr. 19; Windscheid-Kipp, Lehrbuch der Pandekten Bd. 2 § 312 Anm. 13; Dernburg, Privatrecht I § 140 S. 423; Eck, Vorträge über das Recht des B.G.B. S. 137; Neumann I § 125 Nr. IV 1 a und b; Krome I § 90 S. 404; Danz l. c. § 17 Nr. 7 S. 134; Düringer-Hachenburg Bd. II Einleitung S. 17; Staub Bd. II § 350, III S. 1095; Motive I S. 84, l. 36 Dig. 45, 1; l. 17 Cod. 4, 21.

gelassen worden sind[1]), daß Bedingungen, bezüglich deren früher etwas anderes verabredet war, bei der Protokollierung so modifiziert worden sind[2]), wie der Urkundenkontext es aufweist, endlich daß ein zwischen den Parteien bestehender Dissens bei der Beurkundung aufgegeben wurde, wenn bezüglich der betreffenden Beredungen ein Konsens der Parteien beurkundet ist. Es wird vermutet, daß die Parteien schließlich über das einig geworden sind, was Bestandteil der Urkunde geworden ist. Es genügt zur Entkräftung des Urkundsinhalts also nicht der bloße Nachweis, daß bei den mündlichen Vorbesprechungen etwas anderes, als in der Urkunde niedergelegt ist, gesprochen wurde. Vielmehr ist der Beweis dahin zu führen, daß das mündlich Besprochene gelten soll, obwohl es nicht in die Urkunde aufgenommen worden ist.

V. Schließlich ist bezüglich der Auslegung des Protokolls über Verträge im Sinne des § 313 B.G.B. noch hervorzuheben, daß hier die gewöhnlichen Auslegungsregeln des B.G.B. gelten, insbesondere die Bestimmungen des B.G.B. § 133, wonach bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Parteiwille zu erforschen ist und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu heften ist, und ferner die Bestimmungen des B.G.B. § 157, wonach Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern[3]). Vor allem interessiert hier die Frage, ob zur Interpretation von Formalverträgen im Sinne des B.G.B. § 313 auf vorangegangene mündliche,

---

[1]) R.O.H.G. Bd. 11 S. 239—240, Bd. 14 S. 218, Bd. 16 S. 191, Bd. 17 S. 227. l. 36 Dig. 45, 1.

[2]) R.O.H.G. Bd. 2 S. 186—187 Bd. 7 S. 118, Bd. 10 S. 103—104.

[3]) O.L.G. Hamburg in O.L.G. IV S. 210. „Klare und unzweideutige Worte des Vertrags sind an sich zunächst maßgebend und bestimmen den Inhalt des Verabredeten. Wird dies aber von einer Partei beanstandet, so ist die Urkunde nach den bestehenden Rechtsregeln auszulegen. Hierbei kann auf Umstände, die außerhalb der Urkunde liegen, Bezug genommen werden, so z. B. auf Verkehrsanschauungen, Sprachgebrauch, Sitten und Rechtsanschauungen, wie sie zur Zeit der Errichtung der Urkunde bestanden. Denn es kann gegen scheinbar unzweideutige Vertragsworte der Beweis geführt werden, daß sie anderes bedeuten, als sie zu sagen scheinen." R.G. J.W. 1901 S. 427; Dernburg, Pandekten 6. Aufl. Bd. I § 123 Anm. 2. Es ist möglich, daß der Parteiwille im direkten Widerspruch zum Wortlaut der Urkunde zur Geltung gelangt. Staub II § 346 Anm. 2ff., ferner Seufferts Archiv Bd. 13 Nr. 216 und Bd. 17 Nr. 126 und Bd. 50 S. 59—60 (R.G.). So z. B. wenn in der Urkunde steht der Kaufpreis eines Hauses sei vom Tage der „Auflassung" ab zu verzinsen. Die Parteien gehen beide davon aus, daß schon mit der Auflassung Eigentum übergehe und Auflassung mit Eigentumsübertragung gleichbedeutend sei. Hier ist der Kaufpreis erst von dem erfolgten Eigentumsübergang ab zu verzinsen.

briefliche oder privatschriftliche Verhandlungen zurückgegriffen werden darf. Da, für die Interpretation von Formalverträge keine besonderen Vorschriften über die Auslegung gegeben sind, so ist die Frage dahin zu entscheiden, daß auch hier die allgemeinen Auslegungsregeln gelten. Daher darf hier, wie bei der Auslegung aller Willenserklärungen, auf die dem Vertragsschluß vorausgehenden Verhandlungen zurückgegriffen werden. Insofern als die Vorberedungen zur Auslegung des Sinnes des Vertragsprotokolls dienen, kann bezüglich derselben mit allen zulässigen Mitteln Beweis angetreten werden[1]).

II. Die unter § 313 B.G.B. fallenden Rechtsgeschäfte.

§ 8.

Allgemeines.

Nachdem im vorigen Abschnitt von der Form des § 313 B.G.B. die Rede war, soll nunmehr dargelegt werden, welche Arten von Verträgen in den Rahmen des B.G.B § 313 fallen. Das Gesetz sagt, daß die Form des § 313 B.G.B. einzuhalten ist bei Verträgen, durch die sich ein Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen.

I. Sowohl aus dem Wortlaut dieser Bestimmung, wie aus der Stellung derselben innerhalb des Obligationenrechts ergibt sich, daß Gegenstand des B.G.B. § 313 lediglich ein obligatorischer Vertrag ist, d. h. ein solcher, durch den sich ein Kontrahent gegenüber dem anderen zu einer Leistung verpflichtet und durch welchen nur Gebundenheit zwischen den Parteien eintritt. § 313 bezieht sich also nicht auf das Leistungsgeschäft, den Grundübereignungsakt, vielmehr regelt er nur das Kausalgeschäft, auf Grund dessen der eine Teil verlangen kann, daß der Gegenkontrahent auf eine andere Person Eigentum an einem Grundstück übertrage. Es wird also der Gläubiger durch den Vertragsschluß nicht Grundstücks-

[1]) Dr. Erich Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, Jena 1896 S. 120 ff. (§ 17), ferner Neumann I § 126 I, 1 S. 114; Stobbe, Handbuch III S. 156; Brückner, Aufsatz im Recht von 1900 I Nr. 4a S. 344; Staub Bd. II § 350 Anm. 59, Düringer-Hachenburg Bd. II Einl. S. 17; Motive III S. 478; R.O.H.G. Bd. 2 S. 187, Bd. 5 S. 29 und 291, Bd. 10 S. 103 ff.; R.G. in J.W. 1904 S. 55 Nr. 6 und S. 58 Nr. 13; O.L.G. Kiel in O.L.G. 6 S. 228; Seufferts Archiv Bd. 6 Nr. 19, Bd. 10 Nr. 217, Bd. 21 Nr. 33 und Bd. 24 Nr. 229. Anders für das frühere Recht, aber auch hier wohl mit Unrecht, Württembergisches Archiv Bd. 16 S. 650 und 301; Boschers Zeitschrift 17 S. 4 ff. Bd. 20 S. 239; Lang, Handbuch des Sachenrechts Bd. I § 53 Nr. II S. 293 ff.

eigentümer, sondern er erwirbt nur einen Anspruch, ein Klagrecht auf die Grundstücksübereignung [1]).

Gleichgültig ist aber, ob dem Gläubiger selbst oder einem Dritten von dem Schuldner Eigentum am Grundstück übertragen werden soll. Unter die Bestimmung des § 313 fällt also namentlich auch der Vertrag zu Gunsten eines Dritten, durch den der Schuldner sich verpflichtet, Eigentum an einem Grundstück zu verschaffen, gleichviel ob der Vertragsschließende selbst oder dem Dritten anspruchsberechtigter Gläubiger wird [2]). Es bedarf der Vertrag zu Gunsten des Dritten der Form des § 313 B.G.B. Nicht erforderlich ist, daß der Dritte schon im Vertrage ausdrücklich genannt wird. So kann der Vertrag auch zu Gunsten einer im Vertrag nicht genannten, aber schon bestimmten Person die etwa der Gläubiger in petto hat, geschlossen werden. Möglich ist aber auch, daß der Dritte den Parteien noch nicht bekannt ist und noch nicht bestimmt ist. Es kann insbesondere die Bestimmung des Dritten dem Gegenkontrahenten in der Weise überlassen werden, daß dieser den Dritten auswählt und beibringt, während der Veräußerer sich im voraus verpflichtet, der ausgewählten Person das Eigentum an dem Grundstück zu überlassen. Der Inhalt derartiger Verträge kann ein sehr verschiedener sein. Entweder werden die Vertragsbestimmungen bis ins einzelne definitiv festgesetzt, so daß auch der Dritte ohne daß es eines neuen Vertragsschlusses bedarf, in dieselben eintritt und keine Partei mehr von derselben abgehen kann. Dann liegt ein endgültiger Veräußerungsvertrag zu Gunsten des Dritten vor [3]). In diesen Fällen wird regelmäßig dem Vertrage die Klausel beigefügt, daß der Gläubiger berechtigt sei, eine andere Person in den Vertrag eintreten zu lassen. Es können aber die Verträge auch in der Weise eingegangen werden [4]), daß der Ver-

[1]) Dernburg, Pandekten Bd. I § 213 S. 490 ff.; Turnau-Förster I § 873 III, S 88.

[2]) R.G. 7. Januar 1899 in J.W. 1899 S. 119 Nr. 91; Turnau-Förster I S. 346 Nr. 4.

[3]) Diese Art von Verträgen wird häufig von Grundstücksmaklern abgeschlossen. Über die materiell-rechtlichen Folgen dieser Verträge vgl. R.G. 20 S. 37 und 24 S. 64; Seuffers Archiv Bd. 35 Nr. 201, Bd. 34 Nr. 36; O.L.G. Marienwerder in O.L.G III S. 188. Ferner Dernburg Bd. II § 81 S. 177; siehe in Goldschmidt Bd. 17 S. 55.

[4]) Und wiederum wird diese Art von Geschäften häufig von Grundstücksmaklern abgeschlossen. Das Hauptbeispiel ist der Parzellierungsvertrag. Auch der mit dem Vertrag verbundene Vollmachtsvertrag macht jenen nicht formfrei. Es ist eben der Vollmachtsvertrag mit einem Vertrag im Sinne des § 313 verbunden. R.G. 50 S. 163 und Bd. 57 S. 95. Insoweit und insolange die Verpflichtung zur Auflassung des Grundstücks an den Dritten mit welchem der Gegenkontrahent abschließt oder abschließen wird, fortdauert, kann gemäß B.G.B. § 168 Satz 2 die Vollmacht nicht wider-

äußerer sich lediglich dem anderen Teil gegenüber verbindlich macht, das Grundstück an den von dem letzteren beizubringendem Dritten zu überlassen, und der Gegenkontrahent Vollmacht und Ermächtigung zum Abschluß derartiger Verträge erhält, sonst aber gar keine oder nur einzelne Modalitäten des Geschäfts (z. B. wie ein zu erzielender Mindestkaufpreis) vereinbart sind, während alle andere Bestimmungen des endgültigen Vertragsinhalts, wie Festsetzung des definitiven Kaufpreises, des Tags der Auflassung und der Zahlungsmode, der zwischen dem Bevollmächtigten und dem Dritten zu treffenden Vereinbarungen vorbehalten sind. Es liegt hier eine Art Vorvertrag vor. Schon durch den Vorvertrag verpflichtet sich der Schuldner dem Vermittler an die Person, die er auswählt und mit der er auf Grund der Vollmacht den definitiven Veräußerungsvertrag abschließen werde, Grundeigentum zu übertragen, und aus diesem Grunde bedarf der Vorvertrag (nicht aber etwa die mit ihm verbundene Vollmacht) der Form des B.G.B. § 313. Da aber der Vermittler mit denjenigen Personen, die die Grundstücke dem Veräußerer abkaufen, einen selbständigen obligatorischen Vertrag abschließt, durch welchen erst die Verpflichtung des Veräußerers zur Grundübereignung gegenüber dem Erwerber begründet wird und durch welchen der Vermittler auf Grund seiner Vollmacht die näheren Bedingungen zur Grundübereignungsverpflichtung festsetzt, so bedürfen auch die definitiven Verträge, durch welche der Bevollmächtigte das Grundstück an den Dritten verkauft, von neuem der Form des § 313 B.G.B.

Weiterhin ist auch nicht erforderlich, daß das Grundstück, welches Gegenstand des Veräußerungsvertrags ist, dem Schuldner zur Zeit des Vertragsschlusses gehört. Ausdrücklich bestimmt das Gesetz, daß Inhalt der Obligation ist die Eigentumsübertragung an einem Grundstück, nicht aber an seinem, d. h. des Schuldners Grundstück. Wie nach gemeinem

---

rufen werden. Sehr häufig leiden übrigens derartige Vorverträge an dem Mangel der nötigen Bestimmtheit und sind deshalb ungültig. Nicht selten beabsichtigen der Veräußerer und der Grundstücksausschlächter einen definitiven Kaufvertrag unter einander abzuschließen und kleiden diesen in die Form der Vereinbarung einer unwiderruflichen Vollmacht, die zum Abschluß von Verträgen i. S. des § 313 B.G.B. der Veräußerer dem Ausschlächter erteilt. Dieses Umgehungsgeschäft ist ein simuliertes und bedarf daher der Form der wirklich von den Parteien gewollten und abgeschlossenen Geschäfts. Ist die Form des B.G.B. § 313 nicht eingehalten, so ist das verschleierte Geschäft wegen Formmangels nichtig, während das simulierte Geschäft als nicht gewollt ungültig ist. Vgl. auch Stranz, Gutachten S. 151 N. 6 a. Ein weiteres Beispiel der hier in Betracht kommenden Verträge ist die Einräumung des Privatverkaufs des verhypothekierten Grundstücks von seiten des Eigentümers an den Hypothekengläubiger. Darüber Näheres unten.

Recht, so kann auch nach B.G.B. ein Kaufvertrag über eine fremde Sache abgeschlossen werden[1]).

II. Unter die Form des B.G.B. § 313 fallen aber nur diejenigen Verträge, die eine Verpflichtung eines Kontrahenten zur Eigentumsübertragung an einem Grundstück enthalten. Deshalb gehören nicht hierher Verträge, durch die ein Kontrahent lediglich einen Anspruch und ein Recht darauf erwirbt, daß ein anderer auf sein Verlangen ihm sein Grundeigentum abnimmt, ohne daß er seinerseits verpflichtet wäre, es ihm zu übertragen. Dahin gehört die Beredung, daß ein benachbarter Fabrikant auf Verlangen des Grundeigentümers dessen Grundstück übernehmen muß, wenn die Fabrik schädlich auf letzteres einwirkt. Hierhin gehört die facultas alternativa d. h. die Befugnis des Schuldners sich durch eine andere Leistung zu befreien. Wird z. B. in einem Gesellschaftsvertrage festgesetzt, daß der Schuldner berechtigt sein solle, an Stelle von Bargeld ein Grundstück einzulegen, so fällt eine solche Bestimmung nicht unter B.G.B. § 313. Kurz, Verträge, die nur eine Abnahmeverpflichtung des Gegners bezüglich eines Grundstücks statuieren, die aber nicht eine Verpflichtung der Vertragspartei zur Grundstücksübereignung enthalten, sind formfrei.

III. Gegenstand der Obligation ist, wie erwähnt, die Verschaffung von Eigentum an einem bestimmten Grundstück im Wege des Vertrags[2]). Es muß daher von seiten des Schuldners all das geschehen, was nötig ist, um durch Rechtsgeschäft unter Lebenden einem anderen Eigentum an dem Vertragsobjekt, also dem Grundstück zu verschaffen: der Schuldner muß die seinerseits für den dinglichen Grundübereignungsakt erforderlichen Rechtsakte vornehmen. Er ist auf Grund des Verpflichtungsgeschäfts verbunden, seinerseits bei dem Leistungsgeschäft mitzuwirken. Dieses dem Leistungsverpflichtungsgeschäft selbständig gegenüberstehende Leistungsgeschäft, das den Eigentumswechsel an Grundstücken unter Lebenden vollzieht, ist nach dem B.G.B. der dingliche Vertrag, die Auflassung und die auf Grund der Eintragungsbewilligungen der Kontrahenten sich vollziehende Eintragung der Eigentumsveränderung in das Grundbuch (B.G.B. §§ 873

[1]) l. 28, l. 16 p., l., 18 Dig. 18, 1; Krome II § 212 S. 407, Neumann § 433 Nr. I, 1 b S. 394; Planck II § 433 Nr. 3 Abs. 2; Kosack I § 121 Nr. 4.

[2]) Dabei ist es gleichgültig, ob das Grundstück als einziger Leistungsgegenstand versprochen ist oder es nur wahlweise geschuldet wird. Auch dann wenn der Schuldner nur wahlweise sich zur Grundübereignung verpflichtet hat, bedarf der Vertrag der Form des § 313 des B.G.B. (Ein Beispiel einer solchen Wahlobligation bildet der Fall, wo in einem Gesellschaftsvertrag versprochen wird, entweder eine bestimmte Summe oder ein Grundstück einzulegen.

und 925). Der erste Akt, der sogenannte dingliche Vertrag, besteht darin, daß die Parteien gleichzeitig vor dem Grundbuchamt erscheinen, wobei der Veräußerer seinen Willen erklären muß, sich zu Gunsten des Erwerbers des Eigentums zu entschlagen und alsdann der Erwerber den Eigentumserwerbswillen kundtut.

Dieses Geschäft ist gegenüber dem obligatorischen Veräußerungsvertrag ein völlig selbständiges Rechtsgeschäft. Der letztere ist nur die causa, der Rechtsgrund für die Vornahme des Erfüllungsgeschäfts und zwingt die Parteien das neue Geschäft vorzunehmen. Das Leistungsgeschäft beruht auf einer vom Kausalgeschäft durchaus verschiedenen Willensentschließung und Willenserklärung. Bei dem Kausalgeschäft gehen die Willenserklärungen der Parteien dahin, sich gegenseitig zu verpflichten, einen wirtschaftlichen Erfolg, den Austausch eines Grundstücks demnächst herbeiführen zu wollen. Das zweite bringt diesen Erfolg, den Erwerb und das Aufgeben des Eigentums. Das erste Geschäft bezweckt also lediglich den Abschluß eines zweiten und ist seine Ursache. Das zweite Geschäft ist die Wirkung und die Folge des ersten. Daraus ergibt sich, daß es sich um zwei verschiedene Geschäfte handelt.

Hierdurch ist der Unterschied zwischen obligatorischem Grundstücksveräußerungsvertrag und dinglichen Eigentumsübertragungsvertrag gekennzeichnet. Es zeigt sich übrigens dieses das gesamte B.G.B. durchziehende Prinzip nirgends so klar und scharf in der Außenwelt, wie bei der Eigentumsübertragung an Grundstücken. Während bei der Entäußerung von beweglichen Sachen und bei Kostituierung anderer dinglichen Rechte an Grundstücken das Verpflichtungs- und Leistungsgeschäft vielfach zusammenfließt, so daß sie durch dieselben, in die Erscheinung tretenden Handlungen abgeschlossen und vollzogen werden, werden bei der Grundübereignung die genannten Geschäfte ganz selbständig durch ganz verschiedene Rechtshandlungen der Parteien vorgenommen: das Verpflichtungsgeschäft durch gerichtlichen oder notariellen Vertrag, das Erfüllungsgeschäft durch die Auflassung. Gerade hierin zeigt sich am deutlichsten, wie unhaltbar die auch neuerdings noch ab und zu auftauchende Lehre ist, daß unter der Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt der Rechtsänderung, welche nach § 873 zur Übertragung des Grundeigentums, zur Belastung eines Grundstücks mit einem dinglichen Recht, sowie zur Übertragung und Belastung eines solchen Rechts neben der Eintragung vorschreibt, der obligatorische Vertrag zu verstehen sei [1]).

[1]) Die bekämpfte Ansicht teilt namentlich Wolff in Gruchot Bd. 47 S. 26. Sodann taucht sie auch einmal in einem Urteil des Kammergerichts auf, das R.G. 48 S. 133 aufhebt. Gegen Wolff-Förster im „Recht" 1903 S. 53 und Molitor daselbst 1903 S. 57.

Wäre jene Ansicht richtig, so würde die Auflassung völlig in der Luft schweben. Es ist vielmehr im Anschluß an die Motive des Entwurfs davon auszugehen, daß die Einigung ein selbständiger, von dem zugrunde liegenden, materiellen Geschäft, dem Kausalvertrag völlig losgelöster abstrakter Rechtsakt ist[1]).

Daraus folgt aber weiterhin, daß unter der Einigung im Sinne des § 873 Abs. 2 nur der dingliche Vertrag verstanden sein kann, und sich die Bestimmung nur auf die Widerruflichkeit und Unwiderruflichkeit des dinglichen Vertrags, nicht aber auf den obligatorischen Kausalvertrag beziehen kann: denn es ist absolut ausgeschlossen, daß das Gesetzbuch unter dem Ausdruck „Einigung" im Verlauf desselben Paragraphen zwei so verschiedene Arten von Verträgen versteht. Daraus folgt, daß weder durch Abschluß eines der Formen des § 313 B.G.B. entsprechenden Vertrags die dingliche Einigung über den Grundstückseigentumsübergang unwiderruflich werden, noch auch daß der formwidrig geschlossene Verpflichtungsvertrag über eine Liegenschaftsveräußerung durch Einreichung bei der Grundbuchsbehörde gültig und vollwirksam wird[2]).

Eine Folge des Umstands, daß der dingliche Vertrag und das Kausalgeschäft verschiedene, getrennte Rechtsgeschäfte sind, ist der, daß jedes der Geschäfte besonderen, rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen unterliegt und daß die Unwirksamkeit des einen noch nicht die des anderen zur Folge hat. Trotz Ungültigkeit des Kausalgeschäfts kann also die Gültigkeit des dinglichen Vertrags vorhanden sein und umgekehrt. Wohl

[1]) Neumann Bd. I, 1a (S. 561), sowie Vorbemerkung zu Buch III Abs. II S. 540; Turnau-Förster I § 873 S. 89; Achilles-Strecker S. 28 ff, 37 ff.; Oberneck § 54 S. 291 ff.; Planck III, Vorbem. S. 15, 18; ferner § 873 Nr. 6 S. 76; Strecker, die allgemeinen Vorschriften des B.G.B. über Rechte an Grundstücken § 5 Nr. I, 2 S. 25; Dernburg, Privatrecht § 63 Nr. III u. IV S. 187—190; Eck, Vorträge I S. 295; Bendix in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 68 S. 193; Kretzschmar, im sächsischem Archiv Bd. II S. 145 ff., 149, 163. Unrichtig ist auch die z. B. von Kosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 2 Aufl. § 177 Nr. 7 S. 28 ausgesprochene Ansicht, daß die Abstraktheit der Einigung nicht zwingendes Recht sei, daß die Parteien vielmehr befugt seien, das zu begründende dingliche Recht von dem Zwecke materiell abhängig zu machen. Gegen ihn mit Recht Romeick in Württemb. Jahrbücher Bd. 12 S. 105 ff. Vgl. auch Entwurf I § 828; ferner Motive III S. 139 bis 140; Protokolle S. 3386, 3676. Jetzt auch R.G. 50 S. 87; ferner R.G. in J.W. 1902 Beilage 7 S. 233.

[2]) R.G. 50 S. 82; in J.W. 1901 S. 382; O.L.G. II 315; R.G. in Juristenzeitung 1901 S. 431 Nr. 19; Kammergericht in O.L.G. II S. 51; ferner Förster im Recht 1901 S. 579; Fuchs in J.W. 1901 S. 747; Cohen in J.W. 1901 S. 792; Wunderlich in J.W. 1901 S. 791; Molitor im Recht 1903 S. 58. Falsch Küchendahl in J.W. 1901 S. 701, im Recht 1902 S. 200; Wolff in Gruchot Bd. 47 S. 26.

aber kann regelmäßig, wenn das Verpflichtungsgeschäft, die causa, unwirksam ist, das Leistungsgeschäft, die Eigentumsübertragung, kondiziert werden. Von diesem Satze aber macht § 313 S. 2, wenn die Unwirksamkeit des Kausalgeschäfts auf Nichteinhaltung der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung zurückzuführen ist, eine Ausnahme, wie später zu zeigen sein wird.

Die Verpflichtung aus § 313 B.G.B. geht auf Eigentumsübertragung am Grundstück im Wege Vertrags. Als vertragsmäßiges Grundübereignungsgeschäft kennt das B.G.B. aber nur die Auflassung. Diese Sätze sind insofern von Wichtigkeit, als in den Fällen, wo Theorie und Praxis für den Eigentumswechsel die Auflassung verlangt, sie damit auch für den Verpflichtungsvertrag, dessen Erfüllung die Auflassung bildet, die Form des § 313 verlangen muß. Falsch aber wäre es zu sagen, daß jeder Auflassung ein Vertrag im Sinne des § 313 B.G.B. vorangehen muß. Denn es gibt eine Reihe von Fällen, wo die Verpflichtung sich des Eigentums an einem Grundstück zu entäußern, nicht auf einem Vertrage, sondern auf einem einseitigen Rechtsgeschäft oder dem Gesetz beruht.

§ 9.

Einseitige Rechtsgeschäfte, die eine Verpflichtung zur Übereignung von Grundstücken enthalten, fallen nicht unter B.G.B. § 313.

Wesentliches Erfordernis für die Anwendbarkeit des B.G.B. § 313 ist, daß als Verpflichtungsgrund für die Grundübereignung ein Vertrag vorliegt. Der Vertragsbegriff ist hier der allgemeine des B.G.B. und es finden auf die Verträge im Sinne des § 313 B.G.B. die allgemeinen Vorschriften, die das B.G.B. in Buch I Abschnitt III für Verträge gibt, und die speziellen Vorschriften, die es für obligatorische Verträge in Buch II Abschnitt II statuiert, Anwendung.

Dagegen fallen nicht in den Rahmen des § 313 B.G.B. und daher auch nicht unter seine Form diejenigen Rechtsgeschäfte, die zwar eine Verpflichtung zur Grundeigentumsverschaffung begründen, die aber keine Verträge sind, ferner die auf jenes gerichteten Verpflichtungen, welche aus anderen rechtserheblichen Tatbeständen entspringen.

I. 1. Zunächst also sollen die Fälle einer Betrachtung unterworfen werden, die deshalb aus dem Bereiche des § 313 B.G.B. herausfallen, weil sie, obwohl sie eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung zur Grundübereignung enthalten, keine Verträge sind. Hierher fallen namentlich die einseitigen Rechtsgeschäfte, d. h. diejenigen, welche auf dem Willen nur einer Person beruhen.

a) Hier kommt einmal das Stiftungsgeschäft in Betracht, B.G.B. § 80 S. 1. Neben anderen Erfordernissen muß dieses eine Vermögenswidmung enthalten[1]). Selbstverständlich kann das zu widmende Vermögen auch in Grundeigentum bestehen. Das gesamte Stiftungsgeschäft steht unter der Rechtsbedingung der staatlichen Genehmigung und fällt bei Versagung derselben in sich selbst zusammen. Ist aber das Stiftungsgeschäft genehmigt, so hat es zwar regelmäßig nur obligatorische Wirkung[2]), d. h. der Stifter ist dann nur verpflichtet, das in dem Stiftungsgeschäft zugesicherte Vermögen auf die Stiftung zu übertragen. Ein unmittelbarer Vermögensübergang findet nur statt, wenn die Stiftung zum Erben eingesetzt wird und wenn zur Übertragung von Rechten der Abtretungsvertrag genügt (B.G.B. § 82 S. 1). Zu der letzteren Ausnahme gehört der Fall des § 313 B.G.B. selbstverständlich nicht: denn Eigentum an einem Grundstück wird nur durch Auflassung und Eintragung in das Grundbuch übertragen[3]). Für das Stiftungsgeschäft unter Lebenden schreibt B.G.B. § 81 die privatschriftliche Form als ausreichend vor, während, wenn es in einer Verfügung von Todes wegen enthalten ist, die für diese vorgeschriebene Formen anzuwenden sind. Diese Formen reichen auch hin, wenn ein Grundstück gestiftet wird.

b) Ferner finden nicht die Formen des B.G.B. § 313, sondern die besonderen Formen des Erbrechts Anwendung sowohl für die letztwillige Anordnung einer Universalsukzession, bei welcher der Eigentumserwerb an allen Rechten des Erblassers, also auch an seinem Immobilareigentum sich mit seinem Tode zu Gunsten des Erben vollzieht: sie gelten aber namentlich auch da, wo das einseitige Rechtsgeschäft von Todes wegen eine obligatorische Verpflichtung des Erben begründet, dem Bedachten Eigentum an einem Nachlaßgrundstück zu übertragen. Das ist der Fall des Vermächtnisses (B.G.B. § 1939). Hier hat gemäß § 2174 B.G.B. der Bedachte lediglich ein persönliches Forderungsrecht gegenüber dem Onerierten auf Leistung des vermachten Gegenstandes[4]). Da aus § 1939 sich ergibt, daß das Vermächtnis nur in einer letztwilligen Verfügung angeordnet werden kann, so muß es daher auch stets die Form einer letztwilligen Verfügung tragen, also entweder die Form des Testaments (B.G.B.

---

[1]) Neumann I § 80 Satz 1; Planck, Kommentar I zu § 81 Nr. 3; Kosack, 1. Aufl. § 36 Nr. 1; Dernburg, Privatrecht I § 92 Nr. 1; Hölder, B.G.B. § 80 Nr. 4 S. 189; Windscheid § 57 Nr. 3 S. 137.

[2]) Dernburg a. a. O.; Planck I § 81 Anm. 5.

[3]) Kosack I § 36, 1 b Anm. 6 S. 116.

[4]) Ein Vindikationslegat kennt also das Gesetz nicht mehr.

§§ 2229—2252), des Erb- und Vermächtnisvertrags (§§ 2274—2277) und endlich der den Formen der letztwilligen Verfügungen unterliegenden Schenkung auf den Todesfall (§ 2301). Es kann also, wenn es sich um eine solche Schenkung handelt, die Verpflichtung zur Grundübereignung in einer privatschriftlichen Urkunde, die den Erfordernissen des holographischen Testaments (§ 2231 Ziff. 2 B.G.B.) entspricht, niedergelegt sein[1]).

c) Was die Begründung einer Obligation, abgesehen von diesen Geschäften, anbelangt, so erfolgt dieselbe prinzipiell durch einen Vertrag, soweit nicht durch das Gesetzbuch selbst Ausnahmen begründet sind (§ 305 B.G.B.). Solche Fälle der Entstehung einer Obligation durch einseitiges Rechtsgeschäft kennt das B.G.B. nur sehr wenige, einmal nämlich die Schuldverschreibung auf den Inhaber, für welche die einfache Schriftform ausreichend ist, ja sogar einschließlich der Unterschrift mechanische Vervielfältigung genügt (B.G.B. § 795) und ferner die Auslobung einschließlich des Preisausschreibens, welche durch öffentliche (sei es mündliche oder schriftliche) Bekanntmachung erfolgt (B.G.B. §§ 657 und 661). In beiden Formen könnte an und für sich eine Verpflichtung zur Grundstücksübereignung übernommen werden. Doch wird in praxi eine derartige Verpflichtung zur Grundübereignung niemals in Form einer Schuldverschreibung auf den Inhaber vorkommen, sehr selten in Form einer Auslobung.

2) Ferner gehören hierher die einseitigen Rechtsgeschäfte, die ihren Ursprung in einem bereits zwischen den Parteien bestehenden obligatorischen Vertrag haben und auch einen solchen zur Voraussetzung haben, deren Inhalt in einem obligatorischen Anspruch auf Rückgängigmachung des ursprünglichen Vertrages und der Rückgewährung der aus dem letzteren gelieferten Leistungsgegenstandes besteht[2]). War also ein Grundstück der Leistungsgegenstand des ursprünglichen Vertrags, so ist Gegenstand des späteren Rechtsgeschäfts die Rückübereignung des übertragenen Grundeigentums. Die hierher gehörenden Geschäfte fallen außerhalb des

---

[1]) Neumann Bd. II § 2301 Nr. 2 a S. 692; Planck § 2301 Nr. 2 S. 559; Strohal S. 203 Anm. 22 u. a.; Endemann III § 22 Anm. 15, § 64 Anm. 17.

[2]) Nebengeschäfte, die nur in bezug auf ein selbständiges Rechtsgeschäft vorkommen und an bestehende Rechtsverhältnisse in der Weise anknüpfen, daß sie eine Verpflichtung einer Partei zur Fälligkeit bringen, wie die Kündigung, oder daß sie den Schuldner in Verzug setzen, wie die Mahnung, bedürfen natürlich auch bei Verträgen im Sinne des § 313 keiner Form, ebensowenig Handlungen, die die Verpflichtung einer Partei zum Erlöschen bringen, wie z. B. die Aufrechnung mit einer Grundstückskaufforderung.

Rahmens des § 313 B.G.B. namentlich deshalb, weil es einseitige Rechtsgeschäfte sind, z. B. das vertragsmäßige Rücktrittsrecht. Nach B.G.B. § 349 wird dieses Rücktrittsrecht durch einseitige Erklärung ausgeübt und die Folge ist gemäß § 346 die obligatorische Verpflichtung der Parteien zur Rückgewähr des auf Grund des Vertrages Empfangenen. Hier hat das Rücktrittsrecht seinen Ursprung in einer Bestimmung des ursprünglichen Vertrags und in diesem muß die Beredung in der gehörigen Form niedergelegt sein [1]). Allein die Rechtshandlung, welche das Rückgewährungsrecht zur Entstehung bringt, die Rücktrittserklärung ist formfrei. In anderen Fällen tritt noch hinzu, daß das Rücktrittsrecht lediglich ein aus den gesetzlichen Bestimmungen der betreffenden Vertragsart sich ergebende Rechtsfolge ist, eine Befugnis ist, die jeder Kontrahent beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ausüben darf. Hier wird also die Eigentumsübertragungspflicht nicht zwischen den Parteien vertraglich vereinbart, vielmehr beruht sie auf einer direkt aus dem Gesetze fließenden Ermächtigung einer Partei, das zugrunde liegende Rechtsgeschäft rückgängig zu machen. Sie ist ein Ausfluß des ursprünglichen Rechtsverhältnisses. Es bildet die Rückübertragungspflicht nicht den Inhalt eines auf sie gerichteten Vertrags. In all diesen Fällen ist also die Rücktrittserklärung formfrei. Hierher gehört das gesetzliche Rücktrittsrecht wegen der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung und wegen Verzugs des Schuldners B.G.B. §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 2, bei gegenseitigen Verträgen §§ 325—327 B.G.B. In all diesen Fällen erwächst das Rücktrittsrecht aus dem ursprünglichen Leistungsgeschäft unmittelbar und ist eine aus ihm entstehende obligatorische Verpflichtung.

Verschieden davon ist die Anfechtung des obligatorischen Liegenschaftsveräußerungsvertrags im Sinne des B.G.B. § 142 (wegen Irrtums, Zwangs, Betrugs) und der Widerruf (z. B. der Schenkung B.G.B. § 531). Zwar handelt es sich auch hier um einseitige, formlose Rechtsgeschäfte; aber ihre Wirkung ist keine obligatorische, vielmehr eine dingliche. Sie vernichten das Kausalgeschäft mit der Wirkung, daß die Sachlage so angesehen wird, als ob es von Anfang nicht vorhanden und nichtig gewesen wäre. Wenn auf Grund dieses Kausalgeschäftes geleistet worden ist, so gibt weder die Anfechtung oder der Widerruf, noch das ursprüngliche Rechtsgeschäft einen Anspruch auf Rückgewähr. Vielmehr fehlt es an diesen Fällen nur an einer causa für das Leistungsgeschäft, also die Grundstücksübereignung und es hat daher die Partei, welche auf Grund des angefochtenen Rechtsgeschäfts etwas erhalten hat, unter Umständen

[1]) So implicite R.G. 50 S. 138.

(wenn die sonstigen Voraussetzungen der actio vorliegen) einen selbständigen Anspruch aus ungerechtfertigter Berechnung.

3. Ebensowenig erstreckt sich die Form des B.G.B. § 313 auf diejenigen Rechtsgeschäfte, welche eine Voraussetzung für die Wirksamkeit eines anderen Rechtsgeschäfts des Hauptgeschäfts, bilden, die ohne Anlehnung und Beziehung auf ein anderes Rechtsgeschäft gar nicht vorkommen und auch selbständig keine Rechtsänderung hervorbringen, ohne daß sie aber zu den Bestandteilen des Hauptgeschäfts gehören [1]). Nur die Bestandteile des Hauptgeschäfts, des Veräußerungsvertrages, unterliegen der Formvorschrift. Nicht aber diejenigen Rechtsgeschäfte, die zu demselben, um es wirksam zu machen, hinzutreten. Ihre Form bestimmt sich selbständig danach, ob für den betreffenden Geschäftstypus eine Form vorgeschrieben ist oder nicht.

a) Hierhin gehört einmal die Vollmacht, die ein einseitiges, selbständiges Rechtsgeschäft ist. Sie ist eine einseitige Willenserklärung des Vollmachtgebers zu Gunsten des Bevollmächtigten, abgegeben gegenüber dem Vertretenen oder dem Dritten, der sich mit dem Vertreter in ein Rechtsgeschäft einläßt [2]). Diese Erklärung kann regelmäßig formlos erfolgen und bedarf nicht der Form, welche für das Hauptgeschäft vorgeschrieben ist, selbst dann nicht, wenn dieses ein Formalgeschäft ist (B.G.B. § 167 Abs. 2). Da eine Ausnahme von dieser Vorschrift für Verträge im Sinne des § 313 B.G.B. nicht vorgeschrieben ist, so folgt auch hier die Vollmachtserteilung der generellen Regel [3]). Die Folge davon, daß das Vollmachtsgeschäft nicht ein Bestandteil des Hauptgeschäfts ist, ist die, daß die in B.G.B. § 313 Abs. 2 statuierte Heilung sich nicht auch auf das Vollmachtsgeschäft bezieht, z. B. wenn die Parteien eine schriftliche Vollmachtserteilung für allein gültig vereinbart hatten.

b) Das sub 1 Ausgeführte gilt auch für die „Zustimmung zu einem Vertrage" d. h. für die Willenserklärung eines Dritten, der zur Wirksamkeit eines zwischen zwei anderen Personen abgeschlossenen Vertrags erforderlich ist (B.G.B. § 182). Sie kann der Vornahme des Rechtsgeschäfts vorangehen (Einwilligung § 183 B.G.B.) oder ihm nachfolgen

---

[1]) Dr. Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht im B.G.B. II S. 16.

[2]) Protokolle S. 145; Laband, Die Stellvertretung beim Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen H.G.B. in Goldschmidt Bd. 10 S. 183; Jhering im Jahrbuch Bd. 2 S. 131; Strohal in Jhering Bd. 27 S. 442; Dernburg, Privatrecht I § 163 Nr. II S. 474; Krome I § 104 Nr. 1 S. 459; Planck, Kommentar I § 167 Nr. 3.

[3]) Neumann I § 313 Nr. 2e; Dernburg, Privatrecht II, 1 § 80 Nr. IV; R.G. in Juristenzeitung 1902 S. 475.

(Genehmigung). Auch sie ist ein selbständiges, dem Hauptgeschäft als Wirksamkeitserfordernis hinzutretendes, einseitiges Rechtsgeschäft[1]). Kraft ausdrücklicher Vorschrift bedarf regelmäßig dieses Rechtsgeschäft nicht der für das Hauptgeschäft vorgeschriebenen Form. Zu den Ausnahmen von dem Prinzip (z. B. § 1516, § 1748, § 1706 B.G.B.) gehört der Fall des § 313 B.G.B. nicht und es ist daher die Zustimmung für diesen Fall formfrei. Beispiele der Zustimmung sind die Fälle, wo die Veräußerungsverpflichtung von einem in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten (§ 106, § 114 B.G.B.) oder von einem Vertreter ohne Vollmacht eingangen ist (§§ 177—180 B.G.B.), endlich die Fälle, wo jemand sich vertraglich die Zustimmung eines anderen zu einem Veräußerungsgeschäft vorbehalten hat[2]).

c) Hierzu treten endlich die Fälle, in denen das Geschäft unter der Bedingung des Wollens eines Kontrahenten abgeschlossen worden ist. Hier wird das Geschäft erst durch den Hinzutritt des Willens des Berechtigten wirksam. Das sind die Geschäfte unter der Bedingung si voluerit. Hier liegt schon in der Einigung der Kontrahenten, die unter der genannten Bedingung erfolgt ist, ein perfekter Vertrag vor, allerdings ein bedingter und daraus folgt, daß der Vertragsschluß nicht erst mit der Erklärung des Berechtigten zustande kommt. Liegt aber in der Abgabe der bejahenden Willenserklärung nicht der Geschäftsabschluß, so ist dieselbe auch nicht an die Form des letzteren gebunden[3]). Nur von dieser zustimmenden Erklärung ist im folgenden die Rede.

α) Wird also, was allerdings sehr selten vorkommen wird, ein Grundstück nur auf Probe oder Besicht gekauft, so bedarf die erforderliche Billigung der in B.G.B. § 313 vorgeschriebenen Form nicht.

β) Das gleiche gilt für den obligatorischen Wiederkauf und Vorkauf[4]). Ist ein solches Geschäft über ein Grundstück abgeschlossen worden, so

[1]) Neumann I § 182 Nr. II—III; Dernburg, Privatrecht I § 144 Nr. II; Krome I § 82 Nr. 1 S. 360 und 361; Düringer-Hachenburg § 350 III, 2 S. 302.

[2]) Nicht hierher gehören die Fälle, wo eine Ehefrau eine obligatorische Verpflichtung auf Grundübereignung eines zum eingebrachten oder Gesamtgut gehörenden Grundstücks eingeht. Denn durch diesen Vertrag wird sie auch ohne Zustimmung des Mannes obligatorisch verpflichtet, nur kann das eingebrachte oder Gesamtgut dann von dem Gläubiger nicht in Anspruch genommen werden. Anders bei der württembergischen Errungenschaftsgesellschaft, wo jeder obligatorischer Vertrag einer Ehefrau, der ohne Zustimmung des Ehemanns eingegangen ist, nichtig ist.

[3]) Dernburg, Privatrecht I § 108 a. E.; Eck, Pandekten ferner Entw. I § 79 und Motive I S. 164.

[4]) Allerdings ist die Frage, ob diese Verträge suspensiv bedingte Kaufverträge sind, äußerst umstritten. Die Frage bejahen O.L.G. Jena in O.L.G. II S. 293 und

kann die Ausübung das Wieder- oder Vorkaufsrechts abzielende Erklärung formlos abgegeben werden. Das wird ausdrücklich in B.G.B. § 497 Abs. 1 Satz 2 und § 505 Abs. 2 Satz 2 bestimmt.

II. Weiterhin greift § 313 B.G.B. nicht Platz in den Fällen, wo die obligatorische Verpflichtung zur Grundübereignung unmittelbar aus dem Gesetze, nicht aus einem Vertrage entspringt. Hier entsteht die Verpflichtung unabhängig von dem Willen der Beteiligten. Vielmehr bringt hier das Vorliegen gewisser, rechtlich erheblicher Tatsachen die Obligation zum Erwachen und auf Grund dieses Tatbestands ist der Schuldner gezwungen, das Grundstück zu übereignen.

1. Hierhin gehört vor allen Dingen der Wandlungsanspruch. Beim Kauf sowie bei allen Verträgen, die auf entgeltlicher Veräußerung einer Sache gerichtet sind, hat der Käufer beim Vorliegen gewisser durch das Gesetz in § 459 näher bezeichneter physischer Mängel des Kaufgegenstandes einen Anspruch auf Gewährleistung (B.G.B. § 462). Demgemäß kann er wahlweise die Herabminderung des Kaufpreises oder Rückgängigmachung des Kaufes ex nunc verlangen. Der Inhalt des letzteren Anspruchs, der dem Prinzipe nach mit der gemeinrechtlichen actio redhibitoria übereinstimmt, ist der, daß der Verkäufer dem Käufer den Kaufpreis zurückgewähren muß, während umgekehrt der Käufer den gekauften, wenn auch schon ihm zu Eigentum übertragenen Kaufgegenstand auf den Verkäufer zurückzuübertragen verpflichtet ist[1]). Für einen Vertrag ist, da

Kammergericht daselbst II, 74; Dr. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse des B.G.B. in seinen allgemeinen Lehren § 3 S. 12—13; Krome II § 227 Anm. 7 S. 488 nebst Zitaten, § 228 S. 494—495. Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse des B.G.B. S. 24 und 25 erblickt in dem Wiederkauf und Vorkauf einen Anspruch auf Herausgabe des betreffenden Gegenstandes gegen Geld. Einen Vorvertrag konstruiert Dernburg, Privatrecht Bd. II § 196. Gekünstelt ist die Ansicht von Planck II § 496 Nr. 3 und § 503 Nr. 4; Eck-Leonhardt S. 465 und 468, die in der Verabredung eines dieser Rechte, ein Offert zum Kauf oder Rückkauf erblicken, das dann durch die einseitige Erklärung angenommen wird. Dann bedürfte aber die Erklärung auch der Form der Annahme, was ja das Gesetz gerade ausschließt.

[1]) Verfasser geht also von der Ansicht aus, daß der Wandlungsanspruch des B.G.B. direkt auf Rückgängigmachung des Kaufvertrages, also auf Rückgewähr des Kaufpreises gegen Rückerstattung des Kaufobjekts gehe. Auf die Streitfrage hier näher einzugehen, liegt kein Anlaß vor. Über den neuesten Stand derselben vgl. Dr. Franz Heymann in Gruchot Bd. 46 S. 509; Thiele, Archiv für zivilistische Praxis Bd. 93 S. 391 ff.; Dr. Matthiaß, Die Wandlung nach B.G.B. in Juristenzeitung 1902 S. 205 ff. (insbes. 208 Nr. 5); Dr. Heuer, „Recht" 1902 S. 97 einerseits und Planck II § 462 Nr. 3 und § 465 Nr. 1 und 2, Fechtheim in Gruchot Bd. 44 S. 65 ff.; Dernburg, Privatrecht II § 185 S. 57 und 58; Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 23, S. 24, S. 383 Nr. 5 und neuerdings Örtmann in Recht 1904 Nr. 1 und 2.

der Anspruch ex lege auf Rückgewähr des verkauften Grundstücks geht, hier selbstverständlich kein Platz. Gibt der Verkäufer dem Anspruch außergerichtlich statt, so vollzieht sich eben die Wandlung durch Rückgabe des Kaufpreises einerseits, durch Rückauflassung des Grundstücks andererseits. Kommt es zum Prozesse, so geht das petitum auf Rückzahlung und Zurücknahme des Grundeigentums einerseits, auf Rückauflassung anderseits.

2. Unter diese Kategorie fällt fernerhin der Anspruch des Gemeinschafters im Gemeinschaftsteilungsverfahren (B.G.B. § 752). Das B.G.B. kennt die gemeinrechtliche adiudicatio durch den Richter nicht mehr, sondern löst die actio communi dividundo in einem Prinzipalanspruch, den Naturalteilungsanspruch (§ 753) und in einen Eventualanspruch, den Anspruch auf Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes und Verteilung des Erlöses auf (§ 744). Der Naturalteilungsanspruch, der hier allein interessiert, greift jedoch nur Platz, wenn die gemeinschaftliche Sache juristisch teilbar ist. Juristische Teilbarkeit liegt nur vor, wenn

a) der gemeinschaftliche Gegenstand sich in gleichartige, den Anteilen der Teilhaber entsprechende Bruchstücke zerlegen läßt und wenn

b) durch die Teilung eine Wertsverminderung nicht eintritt, wenn also die einzelnen Teile zusammen nicht weniger wert sind, als die ungeteilte Sache.

Der Realteilungsanspruch zerfällt in verschiedene Unteransprüche; es ist nämlich jeder Gemeinschafter verpflichtet, bei Feststellung der einzelnen Anteile mitzuwirken, ferner durch Verlosung das Anrecht des einzelnen Gemeinschafters auf ein bestimmtes Bruchstück zu begründen und endlich demjenigen, welcher der Teil zugelost ist, ihn zu Eigentum zu übertagen.

Einen vermittelnden Standpunkt nehmen ein Eccius in Gruchot Bd. 43 S. 305 ff. (nam. S. 317 u. f.); Küntzel in Gruchot Bd. 41 S. 433; G. Werner im Recht 1902 S. 282 und 338; ferner Neumann I S. 327; Krome II S. 459—460; Ecк-Leonhard S. 450 und 451 Anm. 3 2c. Übrigens selbst wenn man davon ausgeht, daß der Wandlungsanspruch auf den Rechtsakt einer Beseitigung des bisher bestehenden Vertragsverhältnisses gehe, also ein Anspruch auf Abschluß eines Wandlungsvertrages sei, so würde eine gesetzliche Verpflichtung auf Abschluß eines solchen Vertrages vorliegen und es wäre auch bei außerichtlicher Wandlung sowohl das Verlangen als das Stattgeben auf jenen Anspruch formfrei und nicht an die Formen des § 313 B.G.B. gebunden. Ebenso Neumann I § 465 Nr. 3 S. 329. Unrichtig Eccius a. a. O. S. 327, der den Satz aufstellt, daß wenn die Wandlung sich auf Grund vertragsmäßiger Einigung vollziehe, sowohl das Verlangen, als auch die Erklärung des Einverständnisses, soweit es sich um Grundstücke handelt, in der Form des § 313 abgegeben werden müsse.

α) Ganz unzweifelhaft ist es, daß Grundstücke naturaliter teilbar sind [1]). In der Regel freilich werden hier nur unbebaute Grundstücke in Betracht kommen, die überdies nicht zu einem wirtschaftlich einheitlichen Gutskomplex (Rittergut) gehören, so vor allem die sogenannten walzenden ländlichen Grundstücke und die Bauplätze [2]). In derartigen Fällen liegt lediglich die Erfüllung eines aus dem Gesetze unmittelbar entspringenden Anspruchs vor, wenn die Gemeinschafter zwecks Erfüllung des gesetzlichen Naturalanspruches aneinander den der ideellen Quote eines jeden entsprechenden reellen Anteil gewähren, ohne daß durch die Teilung eine Wertsverminderung eintritt. Ein Vertrag im Sinne des B.G.B. § 313 kommt hier nicht in Betracht, insbesondere auch nicht ein Teilungsvertrag. Denn jeder obligatorische Anspuch (actio) kann auch außergerichtlich dadurch befriedigt werden, daß man dem Gläubiger das gewährt, was er kraft Gesetzes oder Vertrages zu fordern hat [3]). Freilich ist dies der einzige gesetzliche Teilungsanspruch, der den Gemeinschaftern die gemeinschaftliche Sache, wenn auch nur in reellen Bruchteilen erhält. Doch ist bei Teilungen, die sich in Güte vollziehen, weit häufiger die Vornahme der Auseinandersetzung im Wege eines Vertrages. Verpflichtungsgrund ist hier der Teilungsvertrag [4]). Eine solche Vertragsmäßige Auseinandersetzung liegt dann stets vor, wenn ein von der gesetzlichen Teilungsweise abweichender modus dividundi festgesetzt wird, vor allem, wenn die Übernahme des gemeinschaftlichen Grundstücks durch einen Teilhaber verabredet wird oder wenn die reellen Teile von den ideellen Quoten verschieden festgesetzt werden, ferner, wenn bei der Auseinandersetzung einer Gemeinschaft zur gesamten Hand die Teilung des gemeinschaftlichen Grundstücks in ideelle Quoten vereinbart wird [5]). Denn in den Fällen der Teilung einer Gemeinschaft zur gesamten Hand ist nach B.G.B. §§ 732, 1477, 2047 (in Verbindung mit § 2042 Abs. 2) das zur Verteilung gelangende Gesamtgut nach den Vorschriften über die Auseinandersetzung der Gemeinschaft pro partibus indivisis, in erster Linie also reell zu teilen. — Übrigens kann unter Umständen auch dann,

---

[1]) Motive I S. 884; Protokolle S. 3091; Denkschrift zum B.G.B. S. 87; Dernburg, Privatrecht II § 371 Nr. III, 2 S. 582; Kosack I § 44 Nr. 3a; Eck, Vorträge § 24 a. E. S. 107; Planck I § 752 Nr. 2a und b S. 493; Windscheid I § 140 Anm. 3; Dernburg, Pandekten I § 76.

[2]) Dernburg, Privatrecht a. a. O.

[3]) Krome II § 287 Nr. I Nr. 2b S. 819; anders Windscheid-Kipp, Pandekten II § 449 S. 882.

[4]) Krome a. a. O., Motive und Protokolle a. a. O.

[5]) Wobei es ganz unerheblich ist, ob das Grundstück an sich teilbar ist oder nicht.

wenn die Teilung vollständig nach der im Gesetz vorgeschriebenen Teilungsweise erfolgt, dennoch ein Teilungsvertrag vorliegen. Über die Form eines derartigen Auseinandersetzungsvertrags, wenn die Teilung sich auf ein gemeinschaftliches Grundstück bezieht, ist § 12 zu vergleichen. Hier ist ausdrücklich hervorzuheben, daß wenn die Teilung lediglich in Erfüllung des gesetzlichen Teilungsanspruches und in der vom Gesetz vorgeschriebenen Art und Weise erfolgt, die Form des § 313 nirgends, auch nicht zur Ausmittlung und Feststellung der zu verlosenden Teile in Betracht kommt.

β) Stets liegt ein Teilungsvertrag dann vor, wenn juristisch unteilbare Gegenstände in reelle Teile zerlegt werden sollen, namentlich, wenn die geteilten Einzelparzellen eines Grundstücks zusammen erheblich weniger wert sind, als das ungeteilte Grundstück, z. B. stets bei Wohnhäusern und bei städtischen Baugrundstücken regelmäßig. Hierher gehört der Fall, wenn ein bisher einheitlicher Komplex z. B. ein Bauerngut geteilt werden soll und endlich, wenn ein unteilbarer Gegenstand einem Teilhaber gegen Entschädigung der anderen zugewiesen wird.

γ) Neben den Fällen, wo ein einzelner gemeinschaftlicher Gegenstand geteilt wird, steht der Fall, daß ein ganzer Vermögenskomplex auseinandergesetzt wird. Vor allem gehört hierher die Teilung, die infolge der Auflösung einer Gemeinschaft zur gesamten Hand erforderlich wird, wie die Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens, des ehelichen Gesamtgutes und des Nachlasses. Der nach Versilberung desjenigen Teiles des Gesamtvermögens, der zur Deckung der Schulden der Gesamthand und etwaiger Einlagen der Gemeinschaften erforderlich ist, verbleibende Rest des Gesamtgutes ist nach dem Verhältnis der Anteile der Gemeinschafter am Gemeinschaftsvermögen zu verteilen, und zwar sind die Vorschriften über die Auseinandersetzung der Gemeinschaft für anwendbar erklärt. Damit soll aber nicht gesagt sein, daß den Gemeinschaftern an dem Überschuß ideelle Quoten zustehen; vielmehr bleibt die Gemeinschaft zur Gesamthand bezüglich jedes Gemeinschaftsgegenstandes fortbestehen bis zur Aufhebung. Der Auseinandersetzungsanspruch regelt sich aber analog demjenigen bei der Quotengemeinschaft, und zwar sowohl hinsichtlich des gesamten Gemeinschaftsvermögens wie bezüglich der einzelnen Gesamtgutsobjekte.

Diejenigen Gegenstände, welche in Natur nicht geteilt werden können, sind im Wege des Pfandverkaufs oder der Zwangsversteigerung zu verkaufen und der Erlös im Verhältnis der Anteile des einzelnen Gemeinschafters am Gesamtvermögen zu teilen[1]). Soweit aber die einzelnen Gegenstände

[1]) Hugo Kreß, Die Erbengemeinschaft § 17 S. 204; Planck, V, § 2042 Nod. α und β S. 192 und § 2047 Nr. 2; Strohal, Erbrecht § 65 Nr. V, 4 S. 360.

den Anteilen der Genossen entsprechend juristisch teilbar sind, geht der Teilungsanspruch bezüglich ihrer auf Naturalteilung. Nicht jedoch ist erforderlich, daß jeder einzelne Gegenstand unter die Teilhaber in natura und quotenmäßig verteilt wird, und daher auch nicht nötig, daß sämtliche Gegenstände teilbar sind. Vielmehr kann dem Naturalteilungsanspruch auch dann genügt werden, wenn aus dem gemeinschaftlichen Vermögen jedem Teilhaber ein Gegenstand gleicher Art zugewiesen werden kann, der seinem Gemeinschaftsanteil entspricht [1]). Dasselbe gilt, wenn einem Teilhaber, der einen größeren Gemeinschaftsanteil hat, mehrere, der Höhe seines Anteils entsprechende Gegenstände der nämlichen Art, den anderen zwar weniger, aber doch ihrer Quote entsprechende gleichartige Sachen überwiesen werden können [2]). Aber auch bei der Auseinandersetzung eines Vermögenskomplexes sind Vereinbarungen, welche von den gesetzlichen Vorschriften abweichen, sowohl bezüglich der Auseinandersetzung in ihrer Gesamtheit, als auch bezüglich der Teilung einzelner Gesamtgutsobjekte zulässig. Werden hier Teilungsmaßregeln beschlossen, welche von den gesetzlichen Teilungsvorschriften abweichen, so handelt es sich nicht mehr um die Erfüllung des gesetzlichen Teilungsanspruches. Vielmehr ist hier der seinem Wesen nach völlig selbständige Auseinandersetzungsvertrag Entstehungsgrund für die einzelnen in ihm geregelten Verpflichtungen. Sowohl der über den gesamten Nachlaß, als auch der bezüglich einzelner Gegenstände abgeschlossene Vertrag unterliegt den gewöhnlichen Voraussetzungen über Verträge und, sofern in einem solchen Vertrage Verpflichtungen zur Übertragung von Eigentum an Grundstücken übernommen werden, bedarf der Teilungsvertrag, wie dies unten des näheren dargelegt wird, der Form des § 313. Beispiele eines derartigen Teilungsvertrags liegen da vor, wo einem oder nur einzelnen Gemeinschaftern, sei es auf Anrechnung einer von ihm an die Gemeinschaft zu erhebenden Forderung (z. B. aus einer Einlage), sei es wegen seines Teilungsanspruchs ein Gemeinschaftsgrundstück überwiesen werden, ferner, wenn an einem teilbaren Gemeinschaftsgegenstand den einzelnen Gemeinschaftern reelle Teile zugewiesen werden, welche den Anteilen des einzelnen Gemeinschafters am Gemeinschaftsvermögen nicht entsprechen, weiterhin, wenn der gesamthänderische Gegenstand nur in ideelle Quoten zerlegt wird,

[1]) Z. B. wenn 3 Miterben, von denen A zur Hälfte, B und C je ein Viertel erben, und in dem Nachlaß sich ein Weinberg im Werte von 8000 ℳ, zwei weitere je im Werte von 4000 ℳ vorhanden sind.

[2]) Wenn im erwähnten Beispiel statt des einen Weinbergs im Werte von 8000 ℳ vier andere im Werte von je 2000 ℳ vorhanden sind; Krome a. a. O.; ferner Planck II § 752 Nr. 2 a und b S. 493.

endlich, wenn unteilbare Gegenstände einem Gemeinschafter ganz oder den einzelnen zu reellen oder ideellen Quoten zugeteilt werden. Allein auch dann schon liegt ein Teilungsvertrag vor, wenn die Beteiligten im Wege der Vereinbarung die Teilung festsetzen, die den gesetzlichen Teilungsregeln entspricht. Jedoch ist in einem bloßen Teilungsplan, der einfach die gesetzlichen Auseinandersetzungsansprüche wiedergibt, noch nicht ein Teilungsvertrag zu erblicken. Ebensowenig ist, wenn ein Teilungsplan vorliegt, der einesteils den gesetzlichen Teilungsmodus bestätigt, anderenteils ihn abändert, darin ein die gesamte Gemeinschaft umfassender Teilungsvertrag zu erblicken. Es wird in erster Linie hierin nur eine Ausmittlung der Teilstücke und eine Fixierung der im einzelnen jedem Gemeinschafter zuzuweisenden Vermögensstücke zu erblicken sein. Es müssen vielmehr besondere Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß die Beteiligten die Leistung desjenigen, was sie schon kraft Gesetzes schulden, auch noch besonders durch Vertrag sich zusichern und versprechen wollen.

Inwieweit nun die einzelnen Teilungsmaßregeln, soweit sie Grundstücke betreffen, Eigentumsveräußerungen enthalten und deshalb die Eingehung einer Verpflichtung zur Aufteilung nach einem bestimmten Modus einen Vertrag im Sinne des § 313 enthält, ist später zu erörtern.

3. Ein kraft Gesetzes bestehender Anspruch auf Übertragung eines Grundstücks ist sodann die auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung bestehende Forderung auf Rückübereignung eines Grundstücks (B.G.B. §§ 812 ff.). Hier ist im eigentlichen Sinn des Wortes die Gegenpartei auf Grund Gesetzes verpflichtet, die Rückübereignung des Grundstücks vorzunehmen und eine vertragsmäßige Verpflichtung kann hier nicht in Betracht kommen. Hierher gehören, wie schon erwähnt, die Fälle, wo der Grundübereignungsverpflichtungsvertrag nichtig oder anfechtbar ist, trotzdem aber die Erfüllungshandlung vorgenommen wurde. Ausnahmsweise kann der Anspruch nicht erhoben werden, wenn der Kausalvertrag wegen Verstoß gegen die Form des § 313 nichtig war, aber die Grundübereignung vollzogen worden ist.

4. Endlich ist noch auf die Ansprüche auf Rückübereignung des Grundstücks wegen unerlaubter Handlung und quasideliktizischer Handlung hinzuweisen (§ 823 B.G.B.). Hierher gehört auch der obligatorische Anfechtungsanspruch wegen Benachteiligung der Gläubiger innerhalb und außerhalb des Konkurses.

III. Schließlich ist die Form des B.G.B. § 313 selbstverständlich auch überall da ausgeschlossen, wo die Eigentumsübertragung nicht auf Grund einer vorangehenden obligatorischen Verpflichtung erfolgt, wo vielmehr dieselbe auf Grund eines anderen titulus sich vollzieht, als der

freiwilligen Veräußerung. Insbesondere gehören hierhin die Fälle des originären Erwerbs. In all diesen Fällen erfolgt die Übertragung des Grundeigentums ohne Willenseinigung des Veräußerers und Erwerbers.

1. Originärer Erwerber liegt dann vor, wenn derselbe sich zwar durch eine Willenshandlung des Erwerbers vollzieht, aber kein persönliches Band zwischen dem früheren Eigentümer und dem Erwerber vorliegt, der Übergang sich also ohne Rechtshandlung und Willenserklärung des bisherigen Eigentümers vollzieht, so daß das Recht des Nachfolgers besteht, ohne seine Kraft aus dem Rechte des Vorgängers zu entnehmen. Hierhin gehören die Fälle der Ersitzung des Eigentums an einem Grundstück (B.G.B. § 900), ferner der Ausschließung des Eigentümers im Wege des Aufgebotsverfahrens und den sich hieran knüpfenden Eigentumserwerb desjenigen, der das Ausschlußurteil erwirkt hat (B.G.B. § 927), die Okkupation des herrenlosen Grundstücks durch den Fiskus (§ 928), der Erwerb nach Uferrecht (alluvio, avulsio, alveus derelictus, insula in flamine nata[1]). Von einem den Eigentumsübergang vermittelnden und zu ihm verpflichtenden Vertrag zwischen früherem Eigentümer und jetzigem Erwerber kann natürlich hier nirgends die Rede sein.

2. Verschieden hiervon ist eine weitere Kategorie von Fällen, in denen sich der Eigentumserwerb sogar ohne Willenshandlung und Rechtsgeschäft von seiten des Erwerbers vollzieht. Hier kann vollends von einem vorangehenden obligatorischen Veräußerungsvertrag zwischen Veräußerer und Erwerber des Grundstücks im Sinne des § 313 des B.G.B. keine Rede sein. Fälle, die hier in Betracht kommen sind folgende:

a) Die Universalsukzession der Erben in den Nachlaß, gleichviel ob sie auf Grund letztwilliger Verfügung[2]) oder auf Grund der gesetzlichen Erbfolge eintritt.

b) Die Nachfolge in ein deutschrechtliches Familienfideikommiß, in ein Lehen oder Stammgut.

c) Weiter gehört hierhin der Vermögensanfall an den Fiskus, z. B. der Anfall des Vermögens eines rechtsfähigen, nicht bloß den Interessen seiner Mitglieder dienenden Vereins an den Fiskus bei Gelegenheit der Auflösung des Vereins (nach Entziehung seiner Rechtsfähigkeit) falls die Satzung nicht die Bestimmung eines Anfallsberechtigten enthält (B.G.B.

---

[1]) Dernburg, Pandekten Bd. I § 83 Anm. 14 und 15; Krome Bd. I § 74 Nr. 3 S. 327; Strecker, Die allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken § 6 S. 42.

[2]) Insbesondere ist die letztwillige Erbeinsetzung kein Veräußerungstitel.

§§ 45 und 46), ferner der Anfall des Vermögens einer erloschenen oder aufgehobenen Stiftung[1]) an den Fiskus.

In den unter a—c genannten Fällen geht mit dem Eintritt des Todes des Erblassers, dem Fideikommißanfall ꝛc. das Vermögen der betreffenden Person ohne alles weitere auf den Anfallsberechtigten über, so daß für Grundstücke nicht einmal Auflassung und Eintragung, geschweige denn ein obligatorischer Veräußerungsvertrag möglich ist.

d) Ein analoger Eigentumserwerb, der sich ohne Mitwirkung des Veräußerers und Erwerbers vollzieht, ist derjenige, welcher sich durch einen autoritativen Akt der zuständigen Behörde oder eines Beamten in Ausübung der ihm anvertrauten Amtsgewalt vollzieht. Hierhin zählt namentlich der vom Richter (oder staatlichen Kommissar) im Laufe des Zwangsvollstreckungsverfahrens ins unbewegliche Vermögen erteilte Zuschlag (Z.V.G. § 90). Der Eigentumserwerb des Erstehers folgt unmittelbar aus diesem Akt; er macht den Ersteher kraft staatlicher Machtvollkommenheit zum Eigentümer. Falsch wäre es, den Richter als Vertreter des bisherigen Eigentümers aufzufassen und in dem Zuschlag die Annahme eines in dem Höchstgebot liegenden Kaufvertrags zu erblicken[2]). Deshalb dürfen auch die Vorschriften über obligatorische Veräußerungsverträge auf die Zwangsversteigerung nicht angewendet werden.

e) Ein weiteres Beispiel bildet der Fall, wo auf Grund eines besonderen Gesetzes das einer bestimmten Person gehörige Vermögen oder einzelne Vermögensstücke auf eine dritte Person zu Eigentum übertragen wird, wie z. B. der sich nach Reichsgesetz vom 25. Mai 1873 vollziehende Grundeigentumserwerb des Reichs an Gegenständen des Landesfiskus und umgekehrt. Gemäß Art. 126 E.G. B.G.B. kann durch ein Landesgesetz, also ohne Veräußerungsvertrag und Auflassung das dem Staate an einem Grundstück zustehende Eigentum auf einen Kommunalverband oder von

[1]) Übrigens gilt das nämliche auch, wenn die Satzung den Anfall an den Fiskus vorschreibt.

[2]) Dr. O. Fischer und Dr. S. Schäfer, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen S. 28 ff. § 90 Nr. 1 S. 350; Jäckel, Das R.G. über Zwangsvollstreckung und Zwangsverwaltung S. 27 ff.; Dernburg, Privatrecht III § 251 S. 676 ff.; Wilhelm Henle, R.G. über die Z.V. § 90 Nr. 1; Kosack, Lehrbuch II § 197 Nr. I, 1 S. 112; anders Wolf, Das R.G. über Z.V. zu § 90. Vgl. ferner den mit Zustellung des Enteignungsbeschlusses sich vollziehenden Eigentumsübergang vom Eigentümer auf den Unternehmer in der Zwangsenteignung (Preuß. Gesetz vom 11. Juni 1874 § 44); ferner der auf Grund des behördlichen Rezesses bei der Gemeinheitsteilung, Zusammenlegung, Felderbereinigung sich vollziehende Eigentumswechsel (vgl. für Preußen; Dernburg, Privatrecht III §§ 51 und 59 für Württemberg; Dr. Karl Göz, Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg §§ 40, 41 und 43).

einem solchen auf einen anderen Kommunalverband oder den Staat übertragen werden.

3. Endlich gibt es bei gewissen Arten von Gemeinschaften, die auf ganz persönliche Beziehungen der Gesellschafter gegründet sind, nämlich den Gemeinschaften zur gesamten Hand, besondere Rechtsgeschäfte, welche in erster Linie die personenrechtliche Stellung der Gemeinschafter berühren, indem sie die Mitgliedschaftsrechte von Teilnehmern begründen, aufheben oder übertragen. Es haben diese Rechtsgeschäfte bei der eigentümlich engen persönlichen Verbindung der Gesamthänder die Regelung des personenrechtlichen Bandes und der Beziehungen des Gemeinschafters zu seinen Mitgemeinschaftern im Auge. Mit der Zugehörigkeit zur gesamthänderischen Vereinigung sind nun auch stets Anrechte des Gemeinschafters auf das der Gesamthand gehörige Vermögen verbunden, die aber mit der Mitgliedschaft so eng verknüpft sind, daß sie von ihr nicht losgelöst werden können und daß die Folge des Mitgliedschaftserwerbs auch ohne weiteres den Erwerb des Anrechts am Vermögen nach sich zieht und umgekehrt, der Verlust der Mitgliedschaft den Verlust jenes Rechts ipso iure zur Folge hat. Hier ist also für eine besondere Verpflichtung, dem Mitgliede Eigentum am Gesamtvermögen zu übertragen, kein Platz. Vielmehr tritt das Zuwachsen und Abwachsen des Eigentums am Gesamtvermögen als Ausfluß des personenrechtlichen Bandes nach Art der Universalsukzession ein. Ebensowenig wie für den Aufnahme- oder Austrittsvertrag aus der Gesamthand die Form des B.G.B. § 313 notwendig ist, ebensowenig ist sie für die diese Akte vorbereitenden Vorverträge erforderlich. Doch sollen diese Rechtsverhältnisse erst später in dem Abschnitt, in welchem die Bedeutung des § 313 für das Gesellschafts- und Gemeinschaftsrecht näher zu behandeln ist, eingehend besprochen werden (§ 12).

4. Ein dem Personenrecht angehöriger Fall ist auch der, wo es sich um Einverleibung einer Korporation in eine andere handelt, wo durch einen Rechtsakt eine juristische Person von einer andern aufgezehrt wird. Hier erlischt mit der Inkorporation das eine Rechtssubjekt ohne weiteres und zugleich tritt die überlebende Korporation ipso iure in das Vermögen der in ihr aufgehenden ein. Aus zwei verschiedenen Personen wird hier eine gebildet; es liegt also ein personenrechtlicher Tatbestand vor.

Mit der Einverleibung verschlingt die überlebende den Namen, die Mitglieder und insbesondere auch das Vermögen der anderen Korporation. Es liegt also in letzterem Punkte eine Art Universalsukzession vor. Das Privatrecht kennt allerdings nur wenige Fälle, wo durch privatrechtliches Rechtsgeschäft eine solche Inkorporation vorgenommen werden kann.

Hierhin gehört der Fall der Übertragung des Vermögens einer Aktiengesellschaft auf eine Kommanditgesellschaft auf Aktien oder eine andere Aktiengesellschaft gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft, wenn in dem Veräußerungsvertrag vereinbart worden ist, daß eine Liquidation des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft nicht stattfindet (H.G.B. § 306). Nach Schließung des Veräußerungsvertrags, nach erfolgtem Beschluß der beiden Generalversammlungen nebst Eintragung desselben ins Handelsregister und Durchführung der Kapitalserhöhung tritt hier eine Universalsukzession in das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft von seiten der übernehmenden ein[1]). Ein ähnlicher Fall liegt vor, wenn das Vermögen einer Aktiengesellschaft als Ganzes von dem Reiche, einem Bundesstaats- oder einem Kommunalverband vertraglich übernommen wird und dabei vereinbart worden ist, daß die Liquidation unterbleiben soll (H.G.B. § 304)[2]).

Viel häufiger ist die Fusion bei Korporationen des öffentlichen Rechts auf Grund öffentlich-rechtlicher Vorgänge, z. B. Einverleibung des Gebietsteils eines Staates in einen anderen, ferner Einverleibung einer politischen Gemeinde in eine andere. Die Rechtsakte, auf die sich solche Inkorporation gründet, sind der verschiedensten Natur, z. B. Staatsverträge, Gesetze, Verfügung der zuständigen Verwaltungsbehörde. Mit Eintritt der Fusion findet hier eine Universalsukzession der aufnehmenden Korporation in das Gesamtvermögen der aufgehenden statt. Es bedarf also (z. B. im Fall der Eingemeindung) weder eines besonderen Veräußerungsvertrages bezüglich der zum Vermögen der einzuverleibenden Gemeinde gehörigen Grundstücke noch auch einer Auflassung derselben.

Anhang.

Dagegen ist der Eigentumserwerb an Grundstücken durch Eintritt einer Bedingung oder einer Befristung ausgeschlossen, da nach B.G.B. § 925 eine bedingte oder befristete Eigentumsübertragung unzulässig. Eine Ausnahme vom B.G.B. § 313 in dieser Richtung kommt daher nicht in Betracht.

---

[1]) R.G. 28 S. 363; Staub Bd. I § 306 Anm. 11 S. 919. Es bedarf zum Erwerb des Grundvermögens der fusionierten Aktiengesellschaft durch die bestehenbleibende keiner Auflassung; O.L.G. Köln in Sörgel, Rechtsprechung 1900—1901 § 925 b, ebendaselbst L.G. Halle.

[2]) Hierzu bedarf es der Dreiviertelsmajorität des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals und Eintragung in das Handelsregister.

§ 10.

Rechtsgeschäfte, die keine Verpflichtung zur Grundstücksübereignung enthalten, fallen nicht unter B.G.B. § 313.

Der Inhalt der unter § 313 fallenden Verträge geht dahin, daß sich ein Teil verpflichtet, Eigentum an einem Grundstück zu übertragen. Zweierlei Erfordernissen muß also der Vertragsinhalt genügen, damit jene Gesetzesbestimmung zur Anwendung gelangt. Einmal muß eine Vertragspartei die Verpflichtung übernehmen, Eigentum zu übertragen. Sodann ist erforderlich, daß die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung sich auf ein Grundstück bezieht.

I. § 313 bezieht sich also nicht auf bewegliche Sachen. Daher scheiden aus der Betrachtung aus diejenigen Rechtsgeschäfte und Verträge, die nur über bewegliche Sachen abgeschlossen werden können, wie z. B. das Darlehen, der Verwahrungsvertrag, die Anweisung, der Wechsel ꝛc.

a) Das B.G.B. gibt keine nähere Bestimmung darüber, was es unter einem Grundstück versteht. Es folgt dies aus der Natur der Sache. Ein Grundstück ist ein räumlich begrenzter Teil der Erdoberfläche. Selbstverständlich gilt aber die Regel des § 313 B.G.B. für jeden Teil eines Grundstücks. Sie gilt auch dann, wenn von einem Grundstück ein Teil abgetrennt wird, es realiter geteilt und eine Teilparzelle veräußert wird. Auch hier verpflichtet sich eine Partei, Eigentum an einem Grundstück zu übertragen. Es findet daher § 313 B.G.B. namentlich auch dann Anwendung, wenn mehrere Miteigentümer (sei es pro partibus indivisis oder zur Gesamthand) die Naturalteilung des gemeinschaftlichen Grundstücks vereinbaren, soweit nicht etwa ausnahmsweise der Fall des B.G.B. § 752 vorliegt.

b) Juristisch ist der Begriff des Grundstücks ein weiterer, als der oben definierte. Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks gehören, die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, wenn die Verbindung nicht nur zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt ist, also namentlich Gebäude und andere Anlagen, die auf dem Grundstücke errichtet sind (B.G.B. §§ 93 und 94), ferner auch die Materialien der Gebäude (als Bestandteile der letzteren § 94 Abs. 2 B.G.B.), weiterhin die Erzeugnisse der Grundstücke, der ausgesäte Samen und die eingesenkten Pflanzen.

Soweit die Sachen in ihrer Qualität als Bestandteile des Grundstücks in Betracht kommen, teilen sie das rechtliche Schicksal des Grundstücks so, daß kein anderer ihr Eigentümer sein kann, als der Grund-

eigentümer (B.G.B. § 93) und daß die besonderen Rechtsregeln, die für Grundstücke gelten, sich auch auf sie erstrecken. Daher bedarf auch der auf Eigentumsübertragung an einem „Hause, Walde, Anlage" abzielende Veräußerungsvertrag der Form des § 313 B.G.B., auch wenn der Grund und Boden viel minderwertiger ist, als der Bestandteil und im Vertrage als Veräußerungsobjekt nur der Bestandteil genannt ist.

Ganz anders, wenn die Übereignung derartiger, mit einem Grundstücke verbundener Sachen als selbständiger, vom Grund und Boden losgelöster und getrennter Objekte versprochen wird, gleichgültig, ob im Augenblick des Vertragsschlusses die Trennung schon erfolgt ist oder nicht. Hier wird die Übereignung einer selbständigen, beweglichen Sache versprochen [1]). Ein derartiges Geschäft ist nahe verwandt mit dem Verkauf einer noch herzustellenden oder einer erst entstehenden Sache. Beispiele dieser Art sind der Verkauf von noch nicht abgetrennten Früchten oder das Abbruchmaterial eines Hauses [2]). Ein solches Versprechen richtet sich bezüglich der Form nach den regelmäßigen Formvorschriften des betreffenden Vertragstypus. Unter Umständen ist also die Schenkungs- oder Stiftungsform erforderlich.

Prinzipiell fallen alle Grundstücke unter B.G.B. § 313. Insbesondere macht es keinen Unterschied, ob für das betreffende Grundstück ein Grundbuchblatt angelegt ist oder nicht. B.G.B. § 313 Abs. 1 setzt das Vorhandensein eines Grundbuchs nicht voraus und der Zweck jener Bestimmung wird erfüllt, gleichgültig, ob ein Grundbuch vorhanden ist oder nicht. Der Umstand, daß die Heilung des Formmangels in einem solchen Falle nicht eintreten kann, ist völlig unerheblich. Denn § 313 Abs. 2 will nur ein ausnahmsweises Hilfsmittel gegen die Folgen des Formmangels schaffen. Ebensowenig kann Art. 189 E.G. B.G.B. für das Gegenteil herangezogen werden, da diese Bestimmung sich nur auf die dinglichen Rechtsgeschäfte bezieht [3]).

Von der Form des § 313 B.G.B. sind auch solche Grundstücke nicht befreit, die dem Grundbuchzwang nicht unterliegen (z. B. Grundstücke des Reichs- und Landesfiskus, der Kirchen, des Landesherrn nach den meisten Partikularrechten). Auch wenn der Erwerber ein exemter ist, fällt der Vertrag unter die Form des B.G.B. § 313.

---

[1]) Seuffert Bd. 18 Nr. 207; R. Leonhard, Der allgemeine Teil des B.G.B. § 48, II S. 161; Krome II § 212 Anm. 20.

[2]) Gleichgültig ist dabei, ob der Eigentümer oder Gegenkontrahent die Loslösung der Bestandteile zu besorgen hat, ob der Veräußerer oder Erwerber.

[3]) Neumann Bd. I § 313 Nr. 6; Seuffert 56 S. 124; Sörgel 1900—1901 S. 49 Nr. 313 a.

Aus Art. 11 E.G. B.G.B. ergibt sich endlich, daß § 313 B.G.B. sich nur auf Grundstücke, die im Gebiete des Deutschen Reiches liegen, bezieht. Für ausländische Grundstücke findet ausländisches Recht Anwendung. Doch genügt daneben auch die Form, welche nach den Gesetzen des Errichtungsortes des Veräußerungsvertrags vorgeschrieben ist. Wird also im Ausland, wo solche Verträge einer Form nicht bedürfen, zwischen Deutschen ein Liegenschaftsveräußerungsvertrag über ein deutsches Grundstück geschlossen, so ist das Geschäft ohne Einhaltung der Form des B.G.B. § 313 gültig [1]).

II. Der Inhalt des Vertrages, der bezüglich des Grundstücks abgeschlossen wird, muß, damit von der Anwendung des B.G.B. § 313 die Rede sein kann, dahin gehen, daß ein Vertragsteil sich verpflichtet, Eigentum an demselben zu übertragen.

1. Der Begriff des Eigentums ist in § 903 des B.G.B. näher bestimmt. Hier soll nur hervorgehoben werden, daß, wie die Motive auch betonen, dem Eigentum das Miteigentum zu ideellen Quoten völlig gleichsteht. Verspricht daher ein Eigentümer einem Dritten Miteigentum an einem Grundstück zu einer ideellen Quote zu übertragen oder nehmen mehrere Miteigentümer einen weiteren zu einer ideellen Quote auf oder wird die Verpflichtung eingegangen, eine solche Quote abzuändern, so bedarf ein solcher Vertrag ebenso der gerichtlichen oder notariellen Form, wie ein Vertrag, durch den ein Miteigentümer die Übertragung seines ideellen Grundstücksanteils auf einen Dritten oder einen Miteigentümer verspricht oder alle Miteigentümer die Überlassung ihrer Quoten an einen aus ihrer Mitte zusagen [2]).

Der Verpflichtung zur Eigentumsübertragung ist durch B.G.B. § 1017 gleichgestellt die Verpflichtung zur Übertragung eines Erbbaurechts. Denn alle Vorschriften, die Besonderes für Grundstücke bestimmen, finden auch auf das Erbbaurecht Anwendung. Dasselbe gilt für das Erbpachtrecht, die emphyteusis, einschließlich des Büdnerrechts und des Häuslerrechts (Art. 63 E.G. B.G.B.), ebenso für die Belastung eines Grundstücks mit dem vererblichen und veräußerlichen Rechte zur Gewinnung eines den bergrechtlichen Vorschriften nicht unterliegenden Minerals (E.G.

---

[1]) Dernburg, Privatrecht Bd. I § 32, II S. 102.

[2]) Über den Begriff des gemeinschaftlichen Miteigentums nach Bruchteilen vgl. Windscheid I § 142 Anm. 10a und 11; Dernburg, Pandekten Bd. I § 145 Anm. 1, Privatrecht Bd. II §§ 368 ff., insbesondere § 372; Jörges, Zur Lehre von Miteigentum in Goldschmidt Bd. 29 und 31; ferner Planck, Bd. II § 747 Erl. 1 S. 489; Turnau-Förster I 2. Aufl. S. 364; Achilles-Strecker Einleitung II S. 39.

B.G.B. Art. 68), soweit solche Rechte nach Landesrecht fortbestehen. Endlich kann gemäß E.G. B.G.B. Art. 196 die Landesgesetzgebung bestimmen, daß auf ein an einem Grundstück bestehenden vererblichen und übertragbaren Nutzungsrecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften zur Anwendung finden sollen. Bei Eingehung einer Verpflichtung auf Übertragung eines derartigen Rechts ist alsdann die Form des § 313 B.G.B. erforderlich [1]).

Da die anderen dinglichen Rechte, welche das B.G.B. kennt und die es des näheren regelt, nämlich Grunddienstbarkeiten, Nießbrauch, die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten im Sinne des B.G.B. §§ 1090 ff., insbesondere das Wohnungsrecht, Verkaufsrecht, Reallasten, Hypotheken, Grund- und Rentenschulden im B.G.B. § 313 nicht erwähnt sind, ferner wie sich aus B.G.B. § 90 ergibt, Immobiliarrechte den Immobilien nicht gleichstehen und endlich bei diesen Rechten sich auch keine den § 1017 B.G.B. Art. 67, 68 und 69 E.G. B.G.B. gleichlautende Bestimmung, die bezüglich ihrer die analoge Anwendung der sich auf Grundstücke beziehende Vorschriften bestimmt, findet, so folgt daraus, daß § 313 B.G.B. sich nicht auf obligatorische Verträge, durch die ein Vertragsteil sich verpflichtet, die letztgenannten dinglichen Rechte an einem Grundstücke zu bestellen, zu übertragen, ferner solche Rechte auf einem andern dinglichen Rechte zu belasten oder zum Erlöschen zu bringen, bezieht. Nun ist ferner schon oben in § 2 dargetan, daß die Vorschriften des B.G.B. § 313 eine ausdehnende Auslegung oder eine analoge Anwendung auf andere dingliche Rechte nicht dulden. Aus alledem folgt, daß Verträge, die eine Verpflichtung zur Bestellung, Übertragung oder Belastung der dinglichen Rechte an einem Grundstück enthalten, lediglich der Form unterliegen, welche für das Kaufalgeschäft als gewöhnliche vorgeschrieben ist, niemals aber der Form des B.G.B. § 313 [2]).

[1]) Vgl. württembergisches A.G. B.G.B. Art. 208 für selbständige Fischereigerechtigkeiten. Übrigens kann auch die Landesgesetzgebung für die ihr vorbehaltenen Materien die analoge Anwendung des B.G.B. § 313 vorschreiben, z. B. für das Bergrecht.

[2]) Gemäß dem Prinzipe der Formfreiheit sind derartige obligatorische Verpflichtungsverträge auf Bestellung ꝛc. eines dinglichen Rechts prinzipiell formfrei. Keiner Form bedarf daher der Vertrag durch den sich jemand dem Darlehensgeber verpflichtet, für das Darlehen eine Hypothek zu bestellen, eine Vorhypothek zur Löschung zu bringen, ferner das Versprechen, eine Hypothek zu übertragen (gegen Bezahlung des Nominalwertes) oder eine Reallast zu begründen, einen Nießbrauch zu verkaufen oder ein Wohnungsrecht als Ausgeding zu bestellen. Wo aber eine solche Verpflichtung schenkweise oder in abstrakter Form (B.G.B. §§ 780 und 781) versprochen wird, was namentlich bei der Bestellung des Nichtbrauchs häufig vorkommen wird, ist die Form

Sehr zweifelhaft und bestritten ist die Frage, ob ein Vertrag, durch welchen sich jemand verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück aufzugeben (§ 928 B.G.B.), der Form des § 313 bedarf. Von einer analogen Anwendung desselben kann keine Rede sein, da, wie schon oben nachgewiesen ist, § 313 als Ausnahmebestimmung nicht analog angewendet werden darf (anders Planck, Kommentar II § 313 Nr. 1 Abs. 1). Derartige Verträge, welche in der Praxis sehr selten vorkommen werden, werden regelmäßig die Person bezeichnen, zu deren Gunsten auf das Eigentum verzichtet wird, und enthalten also implicite das Versprechen einer Grundübereignung. Schon deshalb bedarf ein solcher Vertrag der Form des § 313. Das muß auch gelten, wenn ein solcher Vertrag mit dem okkupationsberechtigten Fiskus abgeschlossen wird. Denn ein Unterschied zwischen dem Vertrage, durch den sich jemand verpflichtet, Eigentum an einen Dritten zu übertragen oder dem Vertrage, durch den sich jemand dem Okkupationsberechtigten gegenüber verpflichtet, auf das Eigentum zu verzichten, liegt nicht vor[1]).

2. Ebenso, wie die Verpflichtung zur Bestellung und Übertragung dinglicher Lasten an einem Grundstück formfrei ist, unterliegen alle die Verträge, die lediglich zur Übertragung des mittelbaren oder unmittelbaren Besitzes an einem Grundstück verpflichten, nicht die Form des B.G.B. § 313. So der Miet- und Pachtvertrag über ein Grundstück, der Leihvertrag ꝛc. (argumentum § 566 B.G.B.).

3. Eine Verpflichtung zur Grundübereignung liegt dann nicht vor, wenn der Anspruch, der einem Gläubiger gegen einen Dritten dahin zusteht, ihm Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, abgetreten wird. Der § 313 B.G.B. verlangt die Begründung einer Verpflichtung zur Grundübereignung. Eine solche wird aber durch die Zession gar

---

jener Geschäfte notwendig. Schollmeyer, Kommentar II § 313 S. 165 und 166; Planck II § 313 Ziff. 1 a; Düringer-Hachenburg, Kommentar zum H.G.B. § 350, III Nr. 2 S. 301; Kühlenbeck, Handkommentar zum B.G.B. 2. Aufl. Bd. II § 313 S. 257; Turnau-Förster I S. 327; Neumann I § 873 A I Nr. 7 S. 563; Krome II S. 163 Anm. 40; Eugen Fuchs in J.W. 1901 S. 747; Max Cohen in J.W. 1901 S. 791, R.G. 48 S. 133 ff., R.G. 50 S. 77; Bayr. oberstes Landesgericht in „Recht" 1903 S. 604. Vgl. nam. Motive Bd. I S. 190, Bd. III S. 158 ff., S. 170 ff. und Protokolle II S. 3390, 3406 und 3407 für die Richtigkeit dieser Auffassung. Anders Küchendahl in J.W. 1901 S. 701; ferner in Recht 1902 S. 200. Ähnlich diesem Wolff in Gruchot Bd. 47 S. 26, der den formlosen Vertrag auf Bestellung eines dinglichen Rechts ꝛc. für unklagbar erklärt.

[1]) Für Formfreiheit Kühlenbeck, Handkommentar zum B.G.B. § 313 Nr. 3 Bd. II S. 257.

nicht begründet, vielmehr setzt die letztere bereits einen in dieser Richtung bestehenden Anspruch voraus. Durch den Abtretungsakt übernimmt auch der ursprüngliche Gläubiger gar keine Verpflichtung; vielmehr bewirkt dieser Vertrag lediglich einen Gläubigerwechsel. Höchstens übernimmt der Zedent durch das der Abtretung zugrunde liegende Kausalgeschäft eine Verpflichtung — jedoch nicht das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, vielmehr nur die Verpflichtung, einen ihm tatsächlich in dieser Richtung zustehenden Anspruch gegen einen Dritten zu übertragen. Daher bedarf weder die Abtretung, noch das ihr zugrunde liegende Rechtsgeschäft der Form des B.G.B. § 313. Es kann vielmehr die Abtretung eines auf Übereignung eines Grundstücks gerichteten Anspruchs formlos geschehen, da mangels entgegengesetzter Vorschrift jede Abtretung eines Anspruchs sich in formloser Weise vollzieht [1]).

Ebenso wird eine Verpflichtung im Sinne des B.G.B. § 313 nicht übernommen, wenn durch mutuus dissensus, durch Parteiübereinkunft ein für Grundübereignung verpflichtender Vertrag aufgehoben wird, bevor die Übereignung erfolgte. Im Gegenteil wird in diesem Falle die Verpflichtung zur Grundübereignung wieder aufgelöst. Da nun für den mutuus dissensus im B.G.B. keine besondere Form vorgeschrieben ist, so vollzieht er sich auch bei Aufhebung eines Vertrags im Sinne des B.G.B. § 313 formlos. Das gilt namentlich auch, wenn der Besitz an dem veräußerten Grundstück eingeräumt war oder die Auflassung, nicht aber die Eintragung ins Grundbuch erfolgt ist. Anders verhält es sich freilich, wenn die Grundübereignung schon ganz vollzogen war, da hier in dem mutuus dissensus die Verpflichtung liegt, das Eigentum zurückzuübertragen. Hier bedarf der Aufhebungsvertrag der Form des B.G.B. § 313 [2]).

Die gleichen Regeln gelten für einen Vertrag, durch den der Erwerber des Grundstücks dem Veräußerer die Verpflichtung der Grundübereignung erläßt oder in dem der Gläubiger anerkennt, daß eine solche Verpflichtung nicht bestehe. Auch diese Verträge sind prinzipiell formfrei [3]). Das nämliche gilt, wenn ein Dritter die Verpflichtung, das

[1]) R.G. 53 S. 268 ff.; in „Recht" 1903 S. 180 Nr. 928; in J.W. 1903 S. 34; Dernburg, Privatrecht II 1 § 136 Nr. II und § 135 Anm. 20; Staub, Kommentar II § 350 Anm. 18; Krome II § 166 Nr. II c Anm. 40. Anders Brettner im Recht 1900 S. 319; Scherer, Recht der Schuldverhältnisse S. 141.

[2]) Dernburg, Privatrecht II 1 § 80 S. 176, der freilich zu Unrecht schon nach erfolgter Auflassung für den mutuus dissensus die Form des § 313 B.G.B. verlangt; Staub, Kommentar § 350 Anm. 18.

[3]) Krome, Bd. II § 195 S. 311 Anm. 17.

Grundeigentum zu übertragen, dem Gläubiger gegenüber übernimmt. Auch die Schuldübernahme ist ein abstrakter Vertrag, der den Eintritt in die Obligation bewirkt: er bedarf keiner Form [1]).

4. Eine Grundübereignungsverpflichtung liegt nicht in denjenigen Verträgen, die sich auf entgeltliche oder unentgeltliche Dienstleistungen an Grundstücken beschränken, wie z. B. die Beaufsichtigung und Überwachung von Grundstücken, ferner die Verträge, durch die sich ein Unternehmer zur Herstellung eines Werkes auf einem Grundstück verpflichtet. Auch wenn hier der Werkmeister sich zur Lieferung des Baumaterials und damit zur Übereignung verpflichtet, liegt kein Vertrag im Sinne des B.G.B. § 313 vor, da es hier am wesentlichen, an der Übereignung von Grund und Boden fehlt. An diesem Merkmal fehlt es auch beim Mäklervertrag (B.G.B. § 652) da der Mäkler nur den Nachweis zum Abschluß eines Vertrags im Sinne des B.G.B. § 313 übernimmt oder er den Abschluß eines derartigen Vertrages vermittelt. Aus diesen Gründen sind die zuletzt genannten Verträge formfrei [2]).

Kein Zweifel kann auch darüber obwalten, daß der Auftragsvertrag, laut dessen der Auftragnehmer verpflichtet ist, die Veräußerung eines Grundstücks zu betreiben, keiner Form bedarf, es sei denn, daß der Auftraggeber sich jenem gegenüber verpflichtet hat, an die Person, die der Auftragnehmer auswählt, das Grundeigentum zu übertragen. Andernfalls ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, das Eigentum am Grundstück in der Tat der von dem Auftragnehmer ausgemittelten Person zu übertragen. Ebenso bedarf der Auftragsvertrag der Form des B.G.B. § 313 nicht, wenn der Auftrag dahin geht, der Beauftragte solle für den Auftraggeber ein bestimmtes oder ein vom ersteren auszuwählendes Grundstück erwerben. Allerdings ist dann kraft des Vertrags der Auftragnehmer verpflichtet, das Grundstück an den Auftraggeber herauszugeben. Allein das ist eine gesetzliche Folge des Auftrags, die sich gemäß § 667 B.G.B. aus dem Auftragsverhältnis ipso iure ergibt. Es ist auch ganz gleichgültig, wie der Auftragnehmer den Auftrag ausführt, ob er das Grundstück alsbald auf den Namen des Auftraggebers oder zunächst auf seinen Namen erwirbt. Unerheblich ist es auch, wenn die Parteien vertragsmäßig stipulieren, daß der Auftragnehmer das Grundstück für den Auftraggeber zu erwerben und an ihn herauszugeben habe. Es handelt sich hier

---

[1]) Schollmeyer, Kommentar, Vorbemerkung zu § 414 Nr. 2; Neumann, Vorbemerkung zu § 414 Nr. 1.

[2]) Staub, Kommentar § 350 Anm. 16.

nur um ein superfluum [1]). Anders ist es aber, wenn die Parteien ausdrücklich stipulieren, daß zunächst der Auftragnehmer Eigentum an dem Grundstück erwerben soll und er es dann späterhin auf den Auftraggeber übertragen solle. Hier liegt ein Auftragsverhältnis im Sinne des B.G.B. überhaupt nicht vor. Denn der Gegenkontrahent übernimmt hier nicht eine Geschäftsbesorgung für einen anderen, sondern er besorgt zunächst seine eigenen Geschäfte, wenn er sich auch gegenüber der anderen Partei hierzu verpflichtet hat. Es liegt vielmehr eine Verpflichtung vor, sein künftiges Grundeigentum auf einen Dritten zu übertragen und deshalb ist die Form des § 313 B.G.B. notwendig. Übrigens gelten dieselben Regeln auch, wenn ein solches Geschäft gegen Entgelt vorgenommen wird [2]). Denn nach § 675 B.G.B. finden auf einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsführung zum Gegenstand hat, die hauptsächlichsten Vorschriften über den Auftrag Anwendung, insbesondere die Vorschrift über die Herausgabepflicht [3]).

§ 11.

Die unter § 313 B.G.B. fallenden Verträge mit Ausnahme des Gemeinschaftsrechts.

So bleibt denn ein engbeschränkter Kreis von Verträgen, die unter B.G.B. § 313 fallen. Wie mehrfach erwähnt, sind es diejenigen Verträge, deren Inhalt die Verpflichtung zur Grundübereignung ist: es sind die sogenannten Güterumsatzverträge.

Die in diesen obligatorischen Verträgen übernommene Leistung geht stets auf Abschluß eines anderen Vertrages, nämlich des dinglichen Vertrages, der Auflassung. Ohne letzteren kann Eigentum an einem Grundstück nicht übertragen werden. Der Abschluß des obligatorischen Vertrags durch Hingabe der Sache, also namentlich der Handkauf ist bei Liegenschaftsveräußerungen ausgeschlossen: die hier in Betracht kommenden

[1]) Staub, Kommentar § 350 Anm. 16; R.G. 54 S. 75 ff.; J.W. 1903 Beil. Nr. 123; Neumann I § 662 I, 1 e S. 419; Krome II § 253 I 1 a S. 263; Düringer-Hachenburg § 350 Nr. III, 2 S. 301; O.L.G. Colmar im Recht 1904 S. 137 Nr. 587.

[2]) R.G. 24. April 1902 in Jur. Zeitung 1902 S. 335 Nr. 61.

[3]) Hierher gehört auch das Versprechen eines fiduziarisch als Eigentümer eines Grundstücks Eingetragenen (z. B. eines Gesellschafters für das Gesellschaftsgrundstück oder des Vorstands eines nicht rechtsfähigen Vereins für das Vereinsgrundstück) gegenüber dem wahren Eigentümer, das Grundstück auf einen Dritten zu übertragen. Hier liegt ein Auftragsverhältnis vor (B.G.B. §§ 667 und 713). Eine solche Abmachung ist also formlos. Neumann I § 313, 2 d S. 250.

Verträge sind samt und sonders Konsensualverträge, niemals Realverträgen.

I. Bei den Verträgen im Sinne des B.G.B. § 313 sind, wie bei allen Konsensualverträgen, Vorverträge sehr selten. Unter Vorverträgen versteht man alle Schuldverträge, die auf den Abschluß anderer Schuldverträge gerichtet sind[1]). Angeblich zerfallen sie in einseitige und zweiseitige Vorverträge, je nachdem nur eine Partei festgebunden sein solle oder aber für beide Parteien die Regelung des näheren Inhalts des Vertrags dem Hauptvertrag vorbehalten bleiben soll.

Allein demgegenüber ist zu betonen, daß in den Fällen, wo zunächst nur eine Partei gebunden sein soll, entweder ein bedingter Hauptvertrag (unter der Bedingung si voluerit) oder eine auf längere Zeit hinausbindende Offerte vorliegt. Beide Arten von Rechtsgeschäften kennt das B.G.B. Einseitige Vorverträge gibt es nicht. Die pacta de vendendo, de emendo der Kauf auf Probe ꝛc. enthalten entweder schon den bedingten Hauptvertrag oder sie sind nur ein Offert[2]).

Dagegen gibt es zweiseitige Vorverträge, wenn sie auch sehr selten sind. Sind die Parteien noch nicht über alle Vertragspunkte einig, liegen aber nicht bloße Punktationen vor[3]), sondern wollen die Parteien an die getroffenen Vereinbarungen gebunden sein und sie die offenen Punkte erst in Zukunft ergänzen, so ist anzunehmen, daß die Parteien bezüglich dieser das billige Ermessen (sei es einer Partei oder beider) obwalten lassen wollen und die Ergänzung bezüglich dieser Punkte auf Grund von §§ 315—319 B.G.B. zu erfolgen hat. Hier enthält also die angebliche Vorverpflichtung schon die endgültige Vereinbarung. Der angebliche Vorvertrag ist der Hauptvertrag. Es entscheidet hier nicht der von den Parteien gewählte Wortlaut, sondern der wahre Sinn des Vertrages. Es wäre ein unnötiger Umweg, wenn Parteien, die über die Vertragsbedingungen einig sind, sich zunächst nur verpflichten würden, demnächst einen Vertrag einzugehen unter den jetzt schon stipulierten Bedingungen und die Annahme der Zulässigkeit derartigen Stipelationen würde nur zu ganz unnötigen und weitläufigen Prozessen führen. So besteht auch in der Theorie kein Zweifel darüber, daß ein gegenseitiger Vertrag, der ein pactum de vendendo einerseits und ein pactum de emendo anderseits ent-

---

[1]) Nicht aber ist der obligatorische, auf ein Leistungsgeschäft abzielende Vertrag ein Vorvertrag des Leistungsgeschäfts. R.G. 48 S. 133; J.W. 1901 S. 382.

[2]) Windscheid, Pandekten Bd. I § 90 Anm. 1 und Bd. II § 387 Anm. 3. Anders mit Unrecht Seufferts Archiv Bd. 43 Nr. 79.

[3]) O.L.G. Karlsruhe in O.L.G. II. S. 179.

hält, ein perfekter Kaufvertrag, nicht aber ein Kaufvorvertrag ist (pomesse de vente vaut vente). Ein Hauptvertrag liegt dann auch vor, wenn jemand sich verpflichtet, Eigentum an einem Grundstück bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses zu übertragen und dieser sich verpflichtet, das Grundstück alsdann dem andern abzunehmen, ohne daß über den Kaufpreis etwas gesagt ist. Hier ist nach der Sachlage davon auszugehen, daß der künftige Kaufpreis nach billigem Ermessen festzustellen ist.

Ein wirklich praktischer Fall eines Vorvertrages zu einem Konsensualvertrag ist das pactum de ineunda societate. Solange die Kontrahenten noch nicht über die Person der Gesellschafter, den Zweck und Beitrag zu derselben einig sind, liegt allerdings überhaupt kein bindender Vertrag vor. Ein Hauptvertrag und kein Vorvertrag liegt vor, wenn einzelne Punkte z. B. die Höhe des dem anderen Gesellschafter zu zahlende Gewinn, dem billigen Ermessen des anderen Gesellschafters überlassen sind oder wenn sich aus den Umständen ergibt, daß, soweit Parteiberedungen nicht getroffen sind, die dispositiven Gesetzesbestimmungen dem Parteiwillen gemäß gelten sollen[1]). Dagegen liegt ein Vorvertrag vor, wenn A sich lediglich gegenüber dem B verpflichtet, einer zwischen B und C zu gründenden Gesellschaft mit einem bestimmten Beitrag unter den zwischen B und C vereinbarten oder zu vereinbarenden Gesellschaftsbedingungen beizutreten.

Soviel ist zweifellos, daß das Gebiet des Vorvertrags ein äußerst eng begrenztes ist und eine vernünftige Interpretation möglichst zu einer Einschränkung dieser im Gesetz nirgends erwähnten Verträge führen muß[2]).

Nun ist ohne weiteres klar, daß wenn der sogenannte Vorvertrag die Hauptverpflichtung enthält, also nichts anderes, als der Hauptvertrag ist, er auch um gültig zu sein, der Form des Hauptvertrags bedarf. Schon deshalb wird man in der Praxis gut daran tun, derartigen Verträgen, die auf der Grenze zwischen Vorvertrag und Hauptvertrage stehen, die Form des B.G.B. § 313 zu geben, wenn es sich um die Verpflichtung zur Grundübereignung handelt. Ist aber die Form, wie im Falle des B.G.B § 313 in öffentlichem Interesse vorgeschrieben und geht die Absicht des Gesetzgebers dahin, daß ohne Beobachtung der Form über-

[1]) Makower Bd. I § 105 Nr. I h S. 187; R.G. 12 S. 304; Seuffert 47 Nr. 190. Anderseits R.O.H.G. X S. 38.

[2]) Über die Lehre betr. den Vorvertrag vgl. Dernburg, Archiv für zivilistische Praxis Bd. 21 S. 1 ff.; Dr. Karl Adler in Ihering Bd. 31 S. 190; Dr. Schloßmann in Ihering Bd. 45 Nr. 1 S. 1 ff.; Bechmann, Der Kauf Bd. II S. 274 u. 281 ff.; Motive I S. 178 und Protokolle II S. 488 ff.

haupt keine Rechtsfolge eintreten solle, so bedarf auch der Vorvertrag der Form. Denn es würde der Gesetzesumgehung Tür und Tor geöffnet sein, wenn es möglich wäre, sich formlos zu verpflichten, den gesetzlich vorgeschriebenen Formelvertrag abschließen zu wollen. Der Zweck des Gesetzes wäre vereitelt, wenn man aus formlosen Vorverträgen auf Erfüllung der Formvorschrift und damit indirekt auf Leistung klagen könnte. Daraus folgt, daß auch Vorverträge über eine Verpflichtung zur Grundübereignung der Form des § 313 B.G.B. bedürfen, da wie oben dargelegt, dieselbe eine im öffentlichem Interesse gegebene Formvorschrift ist[1]).

II. Was nun die einzelnen in Betracht kommenden, zur Grundübereignung verpflichtenden Verträge betrifft, so macht das B.G.B. keinen Unterschied zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Verträgen.

1. Schon hieraus folgt, daß namentlich der Schenkungsvertrag unter die Form des B.G.B. § 313 fällt, wenn die unentgeltliche Übereignung eines Grundstücks versprochen wird[2]). Ausnahmen für remuneratorische Schenkungen, ferner für solche, die durch eine sittliche Pflicht oder den Anstand geboten sind, bestehen nicht, wohl aber für die Schenkung auf den Todesfall, nämlich für die liberale Zuwendung, die unter der Bedingung des Vorabsterbens des Schenkers vor dem Beschenkten erteilt wird. Sie wird nach B.G.B. § 2301 Abs. 1 umgedeutet in eine letztwillige Verfügung. Ist eine Annahme der Schenkung erfolgt oder sollte sie nach dem Willen des Schenkers zu seinen Lebzeiten erfolgen, so ist die Form des Erbvertrags nötig, die ja strenger ist, als die Form des § 313. Ist aber die Wirksamkeit der Schenkung nicht von der Annahme abhängig gemacht, so genügt regelmäßig die Form des Testaments, also auch des privatschriftlichen[3]). Das

---

[1]) R.G. 10 S. 122; R.G. 14 S. 93, 43 S. 139; 53 S. 236 ff.; in Recht 1903 S. 180 Nr. 927; in J.W. 1903 Beilage 32; O.L.G. Kiel in Seuffert 58 Nr. 177; O.L.G. Kiel in O.L.G. 7 S. 19; O.L.G. Frankfurt in Recht 1903 S. 235 Nr. 1224; Brückner im Recht 1900 S. 342 ff.; Krome II § 167 Anm. 20; Dernburg, Privatrecht II § 83 Nr. I, 3 S. 184; Neumann I § 125 Nr. I Ziff. 7; Windscheid II § 310; Degenkolb a. a. O. S. 37; Dr. Rudolf Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren § 3 S. 12 u. 13, Planck I § 125 Nr. 5; Regelsberger, civilrechtliche Erörterungen: Die Vorverhandlungen bei Verträgen S. 132; R.G. 35 S. 187, O.L.G. Kiel in O.L.G. 7 S. 19.

[2]) Die Form des § 518 B.G.B. genügt bei schenkweisen Versprechen eines Nießbrauchs. Jeder Widerruf einer Schenkung erfolgt formlos (auch nach Übereignung).

[3]) Strohal S. 263 Anm. 22; Planck V § 2301 Nr. 2; Neumann II § 2301 Nr 2 a. Anders Motive V S. 350 ff.; Protokolle II S. 7395 ff.; die stets die Form des Erbvertrags verlangen. Allein nach der Fassung des Gesetzes durch die Reichstagskommission läßt sich diese Ansicht mehr aufrecht erhalten.

gilt für alle derartige Schenkungsversprechen, namentlich auch bezüglich der Grundübereignung.

2. Nahe verwandt dem Schenkungsversprechen ist das Ausstattungsversprechen. Unter Ausstattung versteht das B.G.B. alles, was einem Kinde, gleichgültig Sohn oder Tochter, mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zur Begründung und Erhaltung der Wirtschaft oder Lebensstellung von einem Elternteil zugewandt wird [1]). Eine Rechtspflicht zur Gewährung einer Ausstattung (im Gegensatz zur Aussteuer) besteht nach B.G.B. nicht, wohl aber eine sittliche Pflicht [2]) und die Folge davon ist, daß insoweit als die Ausstattung das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Elternteils entsprechende Maß nicht übersteigt, sie nicht als Schenkung gilt (B.G.B. § 1624 Abs. 1). Insoweit bedarf das Versprechen der Ausstattung auch nicht der Schenkungsform. Damit ist aber nicht gesagt, daß insoweit das Versprechen sich auf eine Grundübereignung bezieht, es formfrei wäre. Denn B.G.B. §§ 313 und 518 sind vollständig getrennte Formvorschriften. Da aber das Ausstattungversprechen nur durch Annahme bindend wird, also ein Vertrag ist, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Ausstattungsvertrag, der die Übereignung eines Grundstücks enthält, der Form des B.G.B. § 313 bedarf.

III. Unter den entgeltlichen Verträgen steht oben an der Kaufvertrag, durch den sich die Verkäufer neben der Besitzübergabe am Grundstücke zur Verschaffung des Eigentums an demselben gegen Abnahme und Bezahlung des Kaufpreises von seiten des Käufers verpflichtet. Es fällt also dieser Vertrag zweifellos unter die Form des B.G.B. § 313 [3]). Keine Ausnahme gilt für den Kauf auf Probe oder Besicht, der ein Kaufvertrag unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung von seiten des Käufers ist. Es verpflichtet sich der Verkäufer auch in diesem Fall die Grundübereignung zu vollziehen, falls Käufer es will.

Keine Schwierigkeit bietet das Wiederkaufsrecht, das (vgl. B.G.B. § 499) nur als Nebenbeordung zu einem Kaufvertrage vorkommen kann und schon als solche unter die Form des Hauptvertrags, also bei Grundstücken unter die Form des § 313 B.G.B. fällt. Gleiches gilt für das

[1]) Vgl. Protokolle II S. 5515.

[2]) Motive IV St. 18; Planck IV § 1624 Nr. 3; Neumann II § 1624 Nr. 3. Der Ausstattungsvertrag kann namentlich auch mit dem künftigen Schwiegersohn als Vertrag zu Gunsten eines Dritten abgeschlossen werden.

[3]) Für den Grundstückskauf gelten die gewöhnlichen Regeln über den Kaufvertrag. Besonderheiten enthält B.G.B. §§ 435, 436, 439 Abs. 2, 444, 446 Abs. 2, 449 S. 2, 468.

Vorkaufsrecht falls es lediglich Nebenberedung zum einen Grundstückskaufvertrag ist [1]). Sehr streitig aber ist, ob der selbständige Vertrag, durch den jemand ein Vorkaufsrecht an einem Grundstück eingeräumt wird, der Form des § 313 B.G.B. bedarf. Es hängt die Beantwortung der Frage völlig von der Konstruktion des Vorkaufsrechtes ab. Die richtige Ansicht sieht in demselben einen doppelt bedingten Verkaufsvertrag über den Gegenstand, einmal abhängig von dem Verkauf des Gegenstandes an einen Dritten und sodann von der Willenserklärung des Berechtigten, von seinem Rechte Gebrauch zu machen. Daß die Konstruktion, es liege in dem Vorkaufsrecht ein selbständiger, wenn auch bedingter Kaufvertrag, die richtige ist, ergibt sich namentlich daraus, daß der Inhalt des Vorkaufsvertrages nicht identisch zu sein braucht mit dem zwischen dem Verkäufer und dem Dritten abgeschlossenen Kaufvertrage, sondern in dem Vorkaufsvertrag besondere Stipulationen für das Vertragsverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Vorkaufsberechtigten festgesetzt werden können [2]). Ist aber der Vorkaufsvertrag nichts anderes als ein bedingter Kaufvertrag, so bedarf er, wenn er über ein Grundstück abgeschlossen wird, der Form des B.G.B. § 313 [3]).

IV. Alles, was bezüglich des Kaufvertrages gilt, gilt auch bezüglich eines Tauschvertrages, durch den sich wenigstens eine Partei zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück verpflichtet. Wenn übrigens zwei Personen einen Tauschvertrag über Grundstücke schließen,

---

[1]) Kein Vertrag kommt in Betracht, soweit es sich um ein gesetzliches Vorkaufsrecht z. B. des Miterben (B.G.B. § 2034) handelt.

[2]) Seufferts Archiv Bd. 36 S. 126.

[3]) Ebenso Protokolle S. 1797—1799; Neumann I Vorbemerkungen zu § 504 I 1 a u. b; Krome II § 228 Anm. 15; O.L.G. Jena in O.L.G. II S. 293 und Kammergericht in O.L.G. II S. 74. Zu dem nämlichen Resultate müssen auch die gelangen, die in dem Vorkaufsvertrage einen Vorvertrag erblicken (Dernburg II 2 § 196 I 2), ferner diejenigen, welche in ihm einen widerruflichen Vertragsantrag des Vorkäufers sehen, wie Planck II Vorbemerkung zu § 497 Ziff. 3 und § 504 Ziff. 2 u. 4; Eck-Leonhard § 77 S. 467. Anders R.G. 16 S. 155, das auf dem Standpunkt steht, der Vorkaufsvertrag sei kein Kaufvertrag, da er keine Partei binde. Denn er stelle es ins freie Belieben des Verpflichteten, ob, zu welchem Preis und sonstigen Bedingungen er verkaufen wolle. Er habe durch den Vorkaufsvertrag nur die Verpflichtung übernommen vor Abschluß des Verkaufs an einen Dritten die Sache zu den nämlichen Bedingungen dem Vorkaufsberechtigen anzubieten. Die Obligation gehe nur auf ein Anbieten vor Abschluß des Vertrags mit dem Dritten. Das ist falsch. Der Veräußerer ist nicht bloß zum Anbieten, sondern auch zur Veräußerung verpflichtet, wenn der Berechtigte es will. Auf Grund jener Erwägungen kommt das R.G. zur Formfreiheit des Vorkaufsvertrags. Ihm folgen J.W. 1901 S. 392; Düringer-Hachenburg § 350 Nr. III 2; Kuhlenbeck, Handkommentar zum B.G.B. § 313 Nr. 3.

so kann das auch in der Weise erfolgen, daß sie über die Abtretung eines jeden Grundstücks einen besonderen Kaufvertrag in der Absicht errichten, daß beide Verträge zusammen den Tauschvertrag bilden sollen. Es liegen dann nicht zwei Kaufverträge, sondern ein einheitlicher Tauschvertrag vor[1]).

V. Dem Vertrage, durch welchen eine Liegenschaft verkauft wird, steht sehr nahe die Hingabe einer Liegenschaft an Zahlungsstatt. Während bei beweglichen Sachen dieses Erfüllungsgeschäft, durch das dem Gläubiger ein ihm nicht geschuldeter Gegenstand zwecks Befriedigung seiner Forderung zu Eigentum übertragen wird, sich regelmäßig als Realvertrag darstellen wird d. h. durch körperliche Übergabe, durch Besitzübertragung vollzieht, ist bei Grundstücken ein solcher Realvertrag zwecks Hingabe an Erfüllungsstatt ausgeschlossen, da die Grundübereignung sich nicht in der Form der körperlichen Übergabe (des Handkaufs) und somit auch nicht in Form des Realvertrags vollziehen kann. Logischerweise setzt vielmehr die Hingabe von Grundstücken an Zahlungsstatt eine dem Erfüllungsakte zeitlich vorangehende Vereinbarung voraus, daß ein bestimmtes Grundstück zwecks Tilgung einer ursprünglich auf einen andern Gegenstand (so z. B. auf ein anderes Grundstück oder eine Geldforderung) gerichteten Schuld demnächst aufgelassen und zu Eigentum übertragen werden solle: mit anderen Worten, die Hingabe eines Grundstücks an Zahlungsstatt kann nur durch Abschluß eines neuen auf Grundübereignung abzielenden obligatorischen Vertrags erfolgen und dieser bedarf selbstredend der Form des B.G.B. § 313.

Ein Hauptbeispiel einer solchen Hingabe eines Grundstücks an Zahlungsstatt ist der Fall, daß der Grundeigentümer dem Hypothekengläubiger „das Recht einräumt, zum Zwecke der Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem belasteten Grundstücke zu verlangen" (B.G.B. 1149). Die eben wiedergegebene Fassung des Gesetzes läßt keinen Zweifel darüber übrig, daß diese Hingabe an Zahlungsstatt (die sogen. lex commissoria) nur in Form eines obligatorischen Vertrags (der, übrigens nebenbei erwähnt, nichtig ist, wenn der Eigentümer das Versprechen abgibt, bevor ihm gegenüber die Hypothekenforderung fällig ist) getroffen werden kann. Die Verabredung, daß der Gläubiger zwecks seiner Befriedigung die Übereignung des belasteten Grundstücks verlangen könne, bedarf nach dem obigen der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung[2]).

[1]) R.G. in Gruchot 42 S. 928.

[2]) Planck III § 1149 Nr. 1 und 2.

Im Zusammenhang mag hier darauf hingewiesen sein, daß auch die Stipulierung der Verpflichtung des Eigentümers gegenüber dem Hypothekengläubiger, letzterer dürfe das Grundstück zwecks Befriedigung seiner Hypothekenforderung im Wege des Privatverkaufs veräußern (was übrigens ebenfalls nur nach Fälligkeit der Forderung gegenüber dem Eigentümer gültig verabredet werden kann [§ 1149 B.G.B.]), der Form des § 313 B.G.B. bedarf. Denn ein solcher Vertrag enthält die Ermächtigung, das Grundstück veräußern zu dürfen und die Verpflichtung des Eigentümers, es an die Person aufzulassen, an die die Gläubiger, sei es im eigenen, sei es im Namen des Schuldners verkauft hat, zu übereignen. Wie schon früher dargelegt, fallen aber solche Verträge die Form des B.G.B. § 313[1]).

VI. Als Vertrag durch den sich jemand zur Grundübereignung verpflichtet, kann auch der Vergleich in Betracht kommen, d. h. ein Vertrag, durch den die Parteien einen zwischen ihnen schwebenden Streit oder die Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis, z. B. über einen obligatorischen Liegenschaftsveräußerungsvertrag im Wege gegenseitigen Nachgebens, beseitigen. Wird im Vergleich selbständig von einem Kontrahenten die Verpflichtung zur Grundübereignung übernommen und entsteht dieselbe auf Grund des Vergleichs, so muß derselbe in der Form des B.G.B. § 313 abgeschlossen werden. Das gilt auch dann, wenn über die Rechtsbeständigkeit einer Grundübereignungsverpflichtung zwischen den Parteien Streit besteht und die Verpflichtung vergleichsweise als zu Recht bestehend anerkannt wird. Denn die vergleichsweise Anerkennung der strittigen Verpflichtung, Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, bildet regelmäßig einen selbständigen, von dem ursprünglichen Vertrag verschiedenen Verpflichtungsgrund. Sobald aber in einem solchen Vergleich eine selbständige Verpflichtung zur Grundübereignung nicht übernommen wird, sondern nur über den sonstigen Inhalt des Liegenschaftsveräußerungsvertrags, z. B. über die Abnahmepflicht, Gewährsmängel oder die Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises gestritten und in dem Vergleiche lediglich über die die Eigentumsübertragung nicht betreffenden Punkte des Vertrags Verabredungen getroffen werden, so bedürfen solche vergleichsweise Abänderungen der Form des B.G.B. § 313 nicht[2]); hierher ist eine Er-

[1]) Planck III 1. c. Nr. 3; Fischer-Schäfer Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen S. 112; anderer Ansicht Turnau-Förster I S. 658 Anm. 2.

[2]) Krome II § 301 Nr. 5 Anm. 35; ferner Neumann I § 779 II c; Dernburg II 2 § 202 Nr. 1 3; Bayrisches oberstes Landesgericht in Recht Bd. 7 S. 42; R.G. in Gruchot Bd. 47 S. 934 ff.

höhung des Kaufpreises oder ein Nachlaß an demselben, eine vergleichsweise Abänderung der Zahlungsbedingungen oder von Nebenberedungen zu rechnen. Ferner ist die Beilegung eines Streites, der die Anfechtung, den Rücktritt oder den Widerruf des Vertrags im Sinne des B.G.B. § 313 betrifft, gleichfalls formlos[1]). Bezüglich des Prozeßvergleichs gelten besondere Bestimmungen.

VII. Die Übereignung eines Grundstücks kann der Schuldner auch wie jede andere Leistung in abstrakter Weise, also unter Ablösung vom materiellen Schuldgrund versprechen[2]). So kann sowohl das ursprüngliche Schuldverhältnis begründet werden, als auch ein bereits bestehendes durch einen zweiten selbständigen Vertrag anerkannt werden, so daß Anerkennungsvertrag zum selbständigen Verpflichtungsgrund wird. Hier genügt dann die sonst für abstrakte Verträge vorgeschriebene Schriftform nicht. Sie muß der Form des B.G.B. § 313 weichen.

VIII. Schließlich sind noch die Verträge zu erwähnen, durch welche mehrere Personen oder die oder andere einer Reihe von Persönlichkeiten, die sich gegenseitig verpflichtet haben, eine juristische Persönlichkeit zu errichten, eine dahin gerichtete Obligation eingehen, daß sie in die zu begründende Korporation ein ihnen gehöriges oder von ihnen als Einzelpersonen demnächst zu erwerbendes Grundstück so einbringen, daß es Eigentum der juristischen Person wird. Da letztere ein von ihren Einzelmitgliedern verschiedenes Rechtssubjekt ist, so liegt hierin die Verpflichtung, Grundeigentum auf einen andern zu übertragen und es bedarf daher das Einlageversprechen, das in der Regel ein Teil des Gesellschaftsvertrages ist, der gerichtlichen oder notariellen Form, gleichviel, ob der Vertrag so zu Gunsten der Korporation abgeschlossen ist, daß diese alsbald mit ihrem Entstehen den Eigentumsanspruch erwirbt, oder ob nur die einzelnen Gründer aus demselben gegen den Veräußerer anspruchsberechtigt sind. Das gilt selbst dann, wenn das Grundstück allen künftigen Korporationsmitgliedern zu gleichen ideellen Teilen oder zur gesamten Hand gehört.

Die vorstehenden Rechtssätze finden auf Illationsverträge bei juristischen Personen jedweder Art, insbesondere auch, wenn es sich um Einlegung eines Grundstücks in einen demnächst zu gründenden eingetragenen Verein im Sinne des B.G.B. handelt, Anwendung. Dasselbe gilt auch bei den Illationsverträgen über Grundstücke in eine Aktiengesellschaft. Von den eigentlichen Illationsverträgen sind hier die Vorgründungsverträge zu unterscheiden, durch welche die Gründer lediglich ihre persön-

[1]) Krome II § 304 Nr. 1.
[2]) Krome II § 304 Nr. 2 Anm. 17 und § 305 Nr. 3 b α.

lichen Rechtsbeziehungen zueinander regeln. Verpflichten sie sich oder einzelne von ihnen ein Grundstück in die künftige Aktiengesellschaft einzubringen, so bedarf der Vorgründungsvertrag der Form des B.G.B. § 313[1]).

Illationsverträge im eigentlichen Sinne (sogen. qualifizierte Gründung H.G.B. § 186) liegen dann vor, wenn die Gründer im Gesellschaftsvertrage, d. h. in der Feststellung, durch welche die Satzung der künftigen Aktiengesellschaft festgesetzt wird (H.G.B. § 182), mit unmittelbarer Wirkung für und gegen die demnächst entstehende Gesellschaft statuieren, daß einer von ihnen oder ein sonstiger Aktionär als Äquivalent seiner Mitgliedschaft, also für die von ihm übernommenen Aktien die Übereignung eines Grundstücks verspricht (Sacheinlage). Eine solche Beredung hat aber nur dann Gültigkeit für und gegen die Gesellschaft, wenn in dem den Formvorschriften des H.G.B. § 182 entsprechenden Gesellschaftsvertrage auf den Illationsvertrag Bezug genommen ist und in demselben einige, durch das Gesetz genau normierte Bestandteile desselben festgelegt sind[2]). Es ist also nicht erforderlich und dann, wenn der einlegende Gründer nicht zu den den Gesellschafsvertrag feststellenden Gründern gehört, tatsächlich nicht möglich, daß der Abschluß des Illationsvertrages in demselben Akt, wie der Gesellschaftsvertrag errichtet wird und auch formell einen Bestandteil des Gesellschaftsvertrags bildet. Er kann vielmehr in einem besonderen Akt errichtet werden und muß es, wenn der Sacheinleger nicht zu den feststellenden Gläubigern gehört. Alsdann bedarf aber der Illationsvertrag, der materiell ein Teil des Gesellschaftsvertrags ist, der Form des B.G.B. § 313[3]). Ist aber der Illationsvertrag in den Gesellschaftsvertrag selbst auch formell und inhaltlich aufgenommen, so ist die für die Verpflichtung zur Grundübereignung erforderliche Form durch die in § 182 des H.G.B. für Feststellung des Gesellschaftsvertrags vorgeschriebene Form der gerichtlichen oder notariellen Verhandlung völlig gedeckt. Dagegen ersetzt der Gesellschaftsvertrag der den Illationsvertrag nicht auch formell und inhaltlich enthält, vielmehr sich nur auf die Wiedergabe der nach H.G.B. § 186 in den ersteren aufzunehmenden Punkte des Sacheinlagevertrags beschränkt,

[1]) Staub H.G.B. § 182 Anm. 24 S. 565, ferner § 186 Anm. 13 S. 575.

[2]) Andernfalls berechtigt und verpflichtet der Illationsvertrag die Aktiengesellschaft nicht. Doch ist immerhin eine derartige Auslegung des Vertrages möglich, daß die einzelnen Gründer sich gegenüber ihren Mitgründern zur Eigentumsübertragung des Grundstücks an die Gesellschaft verpflichten wollten. Selbstredend bedarf auch dieser Vertrag nach dem oben Gesagten der Form des § 313 B.G.B.

[3]) Staub § 186 Anm. 19 S. 576.

die Form des § 313 B.G.B. keineswegs, wenn durch jene Bezugnahme nicht der ganze Inhalt des obligatorischen Grundübereignungsversprechens wiedergegeben ist, und es wird ein formungültiger Grundstückskauf dadurch, daß lediglich die durch H.G.B. § 186 vorgeschriebenen Angaben über denselben im Gründungsvertrag reproduziert werden, nicht gültig[1]).

Wird nach Errichtung der Aktiengesellschaft, aber vor ihrer Entstehung eine Vereinbarung getroffen, durch welche ein zukünftiger Aktionär die Verpflichtung zur Übereignung von Grundstücken an die Aktiengesellschaft übernimmt, so liegt selbst dann, wenn der Vertrag unmittelbar für und gegen die Gesellschaft wirkt, ein Kauf oder ähnlicher Vertrag vor[2]), der schon nach den obigen Darlegungen der Form des B G.B. § 313 bedarf, nicht aber ein Illationsvertrag vor. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein solcher Vertrag unmittelbar für und gegen die demnächst ins Leben tretende Aktiengesellschaft wirkt, ist hier nicht zu erörtern[3]). Dasselbe gilt erst recht, wenn ein Aktionär zu Gunsten einer bereits zur Entstehung gelangten Aktiengesellschaft sich zu einer Grundstücksübereignung verpflichtet[4]).

All das was bezüglich des Vorgründungsvertrags und des Illationsvertrags einer Aktiengesellschaft gesagt ist, gilt entsprechend für die gleichartigen Verträge bei Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung[5]).

---

[1]) Selbstverständlich bedarf ein Übernahmevertrag, durch den bei qualifizierter Gründung mit Wirkung für und gegen die Gesellschaft ein Dritter sich verpflichtet, gegen eine Vergütung, die nicht in Aktien besteht, ein Grundstück der künftigen Aktiengesellschaft zu überlassen, der Form des § 313 B.G.B. Wenn auch auf einen solchen Vertrag, um ihn für und gegen die Aktiengesellschaft wirksam zu machen, im Gesellschaftsvertrag Bezug genommen werden muß, so ist der Übernahmevertrag doch ein völlig selbständiger Vertrag, der zwischen ganz anderen Parteien, als denjenigen, die den Gesellschaftsvertrag abschließen, zustande kommt. Der Übernahmevertrag ist seiner juristischen Struktur nach ein entgeltlicher, gegenseitiger Vertrag, also ein Tausch, Kauf ꝛc. und richtet sich bezüglich der Form ganz nach dem betreffenden Vertragstypus; Staub l. c.

[2]) R.G. 21 S. 251; Makower § 186 Nr. II c. S. 384.

[3]) Vgl. einerseits Staub 192 § 200 Anm. 2 S. 605, andererseits Makower H.G.B. § 200 Nr. II a S. 419.

[4]) Staub § 186 Anm. 8 S. 574.

[5]) Vgl. das Gesetz betreffend Gesellschaften mit beschr. Haftung § 5 Abs. 4 und Staubs Kommentar zu dem G. b. G. m. b. H. S. 52 ff.

§ 12.

Die Verträge des Gemeinschaftsrechts.

Besonders zu betrachten sind die Verträge, welche eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung in der Vermögenssphäre der auf dem Prinzipe der gesamten Hand aufgebauten Gemeinschaften begründen.

Das Wesen des Miteigentums zu ideellen Teilen besteht darin, daß bei reell unabgeteilter Sache jedem Berechtigten eine Quote des Eigentumsrechtes, ein Teilrecht an der Sache zusteht. Über diese Quote kann er frei verfügen: er kann sie veräußern und sie unterliegt auch dem freiern Zugriff seiner Gläubiger. Mit seinen Miteigentümern ist der condominus nur durch ein mehr oder minder strenges obligatorisches Band verbunden, das sich bei dem Gesellschaftsvertrag dahin steigert, daß die Gesellschafter gegenüber einander verpflichtet sind, den gemeinschaftlichen Gegenstand zu gemeinsamem Zwecke zu verwenden, während das dingliche Verfügungsrecht des socius in keiner Weise beschränkt ist. Es gab also nach gemeinem Recht ein besonderes Gesellschaftsvermögen nicht. Im Gegenteil, das Prinzip ging dahin, daß, wenn mehrere Personen gemeinschaftlich einen Gegenstand, so z. B. ein Grundstück zu Eigentum erwerben, sei es durch gemeinschaftlichen Vertrag, sei es durch Erbgang, damit das Eigentum ohne weiteres ipso iure in Quoten und Teilrechte auseinanderfiel. Es blieb ein Individualrecht, über das jedem einzelnen die freie Verfügung zustand.

Diesem Prinzipe steht das Gemeinschaftsprinzip des deutschen Rechts gegenüber. Dieses bindet das gemeinschaftliche Vermögen mehrere Personen nicht durch ein bloß obligatorisches Band, sondern durch ein personenrechtliches, das die für den Gemeinschaftszweck bestimmten Gegenstände zu einem besonderen Vermögen erhebt. Das sind die sogenannten Gemeinschaften zur gesamten Hand. Dieses Prinzip beruht darauf, daß ein persönliches Band die Gemeinschafter so eng zusammenschließt, daß sie in bezug auf das Gemeinschaftsvermögen eine Einheit bilden und daß nur der Wille aller Gemeinschaften in bezug auf die gemeinschaftlichen Angelegenheiten und Recht maßgebend ist, ohne daß ein rechtlich selbstständiges Wesen, ein besonderer Organismus vorliegt, hinter dem die einzelnen Mitglieder verschwinden (juristische Person). Vielmehr sind die Gemeinschafter als solche Träger der gemeinschaftlichen Rechte und Pflichten.

Voraussetzung einer solchen Gemeinschaft ist das Vorliegen eines personenrechtlichen Bandes, das nicht bloß die beteiligten Personen eng

aneinder fesselt, sondern das auch individualistische Bestrebungen bezüglich des Gemeinschaftsvermögens ausschließt. Es ist also die Gesamthand zunächst Personenverbindung. Darüber, ob ein personenrechtliches Band ein so intimes ist, daß es bezüglich des gemeinschaftlichen Vermögens zur Vereinigung zur gesamten Hand führen muß, entscheidet lediglich das Gesetz, das die Fälle jener personenrechtlichen Gemeinschaft eng umgrenzt; es kann daher eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, abgesehen von den im Gesetze zugelassenen Fällen niemals durch Parteiberedung begründet werden [1]).

Da nun die deutschrechtliche Gesamthand lediglich ein bei vereinzelten Rechtsinstituten vorkommendes Prinzip ist und lediglich Grundlage für den juristischen Ausbau einiger weniger Rechtsinstitute ist, so gibt das Gesetz keine einheitliche Regelung des Begriffs der gesamten Hand und der aus ihm sich ergebenden Wirkungen. Vielmehr läßt es sich dabei begnügen, die Wirkungen, welche die Gesamthand auf das einzelne Rechtsverhältnis ausübt, bei den einzelnen, in Betracht kommenden personenrechtlichen Verbindungen auszusprechen und bei ihnen eine individualistische Ausgestaltung des gemeinschaftlichen Vermögens auszuschließen.

Da dieses Prinzip auf dem Begriff der Solidarität der Interessen, auf dem gemeinschaftlichen Gedeih und Verderb der Gemeinschafter aufgebaut ist, so dürfen auch die Ansprüche des einzelnen Gemeinschafters am Gemeinschaftsvermögen nicht zentrifugal, individualistisch ausgestaltet sein, so daß jeder durch die Verfügung über seinen Anteil an den für die Zwecke der Gemeinschaft bestimmten Gegenständen dieselbe sprengen kann, vielmehr muß in bezug auf dieses Vermögen das kollektivistische Element prävalieren. So ergibt sich für die Gemeinschaft zur gesamten Hand der Satz, daß der einzelne Gemeinschafter weder über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen noch auch über seinen Anteil an den einzelnen zu diesem Vermögen gehörigen Gegenstände (Gemeinschaftsobjekte) verfügen kann, daß er durante communione eine Auseinandersetzung bezüglich des Gemeinschaftsvermögens nicht verlangen kann und daß auch seine Gläubiger einen Zugriff auf seinen Anteil an den Gemeinschaftsgegenständen nicht haben. Durch diese Konzentration des Vermögens unter den Willen der Gemeinschaft entsteht ein besonderes Gemeinschaftsvermögen, über welches nur alle Gemeinschafter in einheitlichem Zusammenwirken verfügen können, während jede Sonderverfügung des einzelnen Gemeinschafters über seinen Anteil an dem Gemeinschaftsvermögen

[1]) Kammergericht in O.L.G. 2 S. 87; ferner O.L.G. 4 S. 191. Achilles-Strecker Einleitung II Nr. 4 S. 36 und 37.

und den einzelnen Gemeinschaftsobjekten ungültig ist. Wiewohl also die Gemeinschafter Subjekte des Gemeinschaftsvermögens sind, sind ihre Anteile an demselben und den einzelnen Gegenstände latente, in dem Ganzen nur unsichtbar enthalten, also keine ziffernmäßig und quotenmäßig bestimmte und greifbare[1]). Dadurch wird dann aber auch das Eigentum eines jeden Gemeinschafters an den einzelnen unbeweglichen und beweglichen Sachen des Gemeinschaftsvermögens wesentlich beeinflußt. Während das Wesen des Alleineigentums und Quoteneigentums darin besteht, daß der Eigentümer mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung auf dieselbe ausschließen kann, darf der Gemeinschafter mit den zum Gemeinschaftsvermögen gehörigen Objekten nur so verfahren, wie die Einheit der Gemeinschafter es will und er muß sich jede Einwirkung der Gemeinschaft auf diese Gegenstände gefallen lassen. Daraus

---

[1]) So für die Erbengemeinschaft Kammergericht in O.L.G. II S. 27, in Juristenzeitung 1900 S. 187; ferner R.G. 9 S. 272, 12 S. 339, 16 S. 252, 22 S. 244; 37 S. 365—366.

Über das Wesen der Gesamthand vgl. für die im Text vertretene Auffassung, Eck-Leonhard S. 550 ff. (allerdings abschwächend Leonhard in Anm. 1 S. 553); Knocke, Das Recht der Gesellschaft § 5 S. 7 ff. und § 31 S. 91 ff.; Gierke in einem Vortrag der Berliner juristischen Gesellschaft, 42. Jahresbericht S. 38 ff.; Krome II § 282 Anm. 10, § 281 Nr. III, § 280 Nr. 2; ferner R.G. 9 S. 143 und 18 S. 43; Kammergericht in Jochow Bd. 17 S. 44; Appelationsgericht Naumburg in Goldschmidt Bd. 22 S. 280. Ähnlich Staub, Exkurs zu § 122 Anm. 12, der aber überhaupt keine Anteile des Gemeinschafters an den Gemeinschaftsobjekten und dem Gemeinschaftsvermögen annimmt; Makower § 105g 2, der die Anteile des Gesellschafters nicht als einen sachenrechtlichen Begriff, sondern als einen bloßen Anspruch auf das, was dem Gemeinschafter bei der Auseinandersetzung ansieht. Ähnlich wie letzterer Behrend, Handelsrecht I § 66 Nr. 1. Kosack, Lehrbuch des Handelsrechts nimmt für die offene Handelsgesellschaft an, daß den Gesellschaftern jederzeit berechenbare, ideelle Quoten an dem Gemeinschaftsvermögen und den Gemeinschaftsobjekten zustehen, allerdings seien die Anteile nur in ihrer Vereinigung praktisch zu betätigen. Noch schroffer Laband in Goldschmidt Bd. 31 S. 55 ff. Er verwirft ausdrücklich das Prinzip der gesamten Hand und behauptet die Anteile der Gesellschaften seien ideelle Quoten, die zwar wandelbar aber jederzeit berechenbar seien. Der Anteil entspreche dem Verhältnis des jeweiligen Kapitalkontos des Gesellschafters zu dem Handlungsvermögen der offenen Handelsgesellschaft. Sohm, Die deutsche Genossenschaft S. 28 ff. findet das Wesen der Gesamthand darin, daß sie Miteigentum mit Verwaltungsgemeinschaft, die sich bei den Gesellschaften des B.G.B. und H.G.B. zur Verwaltungsorganisation, steigern, während das römische condominium Miteigentum mit Verwaltungstrennung sei. Im übrigen aber nimmt sowohl er, wie Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts Bd. I S. 238 und 239, an, daß in der Gesamthand wahre Quoten zu unterscheiden seien. Ihrer Auffassung sehr nahe steht Jörges in Goldschmidt Bd. 49 S. 140 ff. und Bd. 51 S. 46 ff. Ihm folgt Dernburg, Privatrecht II § 359 Nr. II, Über Jörges Quotenberechnung vgl. Goldschmidt 51 S. 67 ff.

ergibt sich, daß das Alleineigentum und Miteigentum zu ideellen Quoten wesentlich von dem Anteil des Gemeinschafters an den der Gemeinschaft zur gesamten Hand gehörigen Gegenständen verschieden ist[1]). Es begibt sich also nicht bloß der, welcher einen ihm gehörigen Gegenstand in die Gemeinschaft einbringt, seines Alleineigentums an demselben, sondern auch derjenige, welcher eine Miteigentumsquote der Gemeinschaft überläßt, seine ideelle Quote zu Gunsten sämtlicher Gemeiner. Andererseits aber verschafft die Gemeinschaft, wenn sie einen Gegenstand aus dem Gesamtvermögen entläßt und ihn unter die Genossen reell oder ideell verteilt, dem einzelnen Erwerber ein individualistisches Eigentumsrecht, das von seinem bisherigen Kollektiveigentumsanteil völlig verschieden ist. Es ist also in beiden Fällen, sowohl bei Einbringung eines Grundstücks in die Gemeinschaft, als auch bei Aufteilung eines Gesamthandsgrundstück unter die einzelnen Genossenschafter Auflassung erforderlich und es bedürfen daher auch obligatorische Verträge, die auf eine solche Eigentumsveränderung abzielen, der Form des B.G.B. § 313.

Die im heutigen Recht in Betracht kommenden Fälle der Gesamthand sind folgende:

a) im Eherecht: das Gesamtgut der Ehegatten bei den vertragsmäßigen Güterständen der allgemeinen Gütergemeinschaft (B.G.B. §§ 1438 ff.), der Errungenschaftsgemeinschaft (B.G.B. §§ 1519 ff.) und der Fahrnisgemeinschaft (B.G.B. § 1549), ferner bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft zwischen dem parens superstes und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen das Gesamtgut (B.G.B. §§ 1483 ff.)[2]);

b) im Erbrecht: die Erbgemeinschaft unter den Miterben (B.G.B. §§ 2032 ff.)[3]);

c) im Forderungsrecht (jedenfalls eingeordnet in dieses): die Gesellschaft. Sie zerfällt in die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und in die offene Handelsgesellschaft (H.G.B. §§ 105 ff.) samt der Kommandit-

---

[1]) Auf dem im Text vertretenen Standpunkt, daß das Quoteneigentum und Gesamthandseigentum etwas ganz verschiedenes ist, steht auch G.O. § 48.

[2]) Richard Schröder, Das Familiengüterrecht im B.G.B. (in den Beiträgen von Bekker-Fischer) S. 37; derselbe, Das eheliche Güterrecht nach dem B.G.B. S. 47 ff.; Bayr. oberstes Landgericht im Recht 1903 Nr. 2168 S. 402.

[3]) Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des B.G.B. § 64 S. 338; Hellwig, Anspruch und Klagerecht § 21 Nr. II; Ernst Eck, Die Stellung des Erben, dessen Rechte und Verpflichtungen in Bekker-Fischer S. 42; Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des B.G.B. über Rechte an Grundstücken § 6 S. 42; Böhm, Das Erbrecht des B.G.B. S. 23; R.G. 36 S. 319; Kammergericht in O.L.G. V S. 426; Bayr. oberstes Landesgericht in Recht 1903 S. 155, 211, 340.

gesellschaft, bei welch letzteren das Gesamthandsprinzip noch strenger, als bei jener durchgeführt ist[1]).

Über diese Fälle hinaus kann, wie schon oben erwähnt, durch Parteiberedung eine Gesamthand nicht begründet werden. Es können also mehrere Personen, die ein Grundstück zu Quoteneigentum besitzen, nicht verabreden, sie wollen in Zukunft das Grundstück zur gesamten Hand besitzen, wenn sie sich nicht durch eines der genannten personenrechtlichen Bande aneinander binden. Dagegen ist es denkbar, daß eine Gemeinschaft zur gesamten Hand der einen Art in eine der andern Arten verwandelt wird oder daß Vermögensstücke derselben Gemeinschafter in einen anderen Gesamthandsverband, der aus denselben Personen besteht, übertragen werden: z. B. wenn mehrere Miterben ein Erbschaftsgrundstück in eine unter ihnen bestehende offene Handelsgesellschaft einlegen[2]), oder wenn in allgemeiner Gütergemeinschaft lebende Gatten ein Gesamtgutsgrundstück in eine unter ihnen zu begründende Handelsgesellschaft einlegen, endlich wenn vereinbart wird, daß einige der offenen Handelsgesellschafter dem Geschäfte in Zukunft nur als Kommanditisten angehören sollen. Ein Vertrag, durch den sich die Gemeinschafter zur Einbringung eines Gesamtgutgrundstücks in eine andere unter ihnen bestehende Gesamthand verpflichten, bedarf, da eine Eigentumsübertragung hier nicht in Betracht kommt, der Form des B.G.B. § 313 nicht.

I. Um zunächst auf die Verträge einzugehen, durch die sich ein Gemeinschafter verpflichtet, ein Grundstück auf die Gemeinschaft zu übertragen, so scheidet hier ohne weiteres ein solcher Vertrag für die Erbengemeinschaft aus. Die letztere tritt auf Grund einer Universalsukzession von Todes wegen ein, umfaßt lediglich die Nachlaßgegenstände und es kann der Kreis des zum Nachlaß gehörigen Vermögens lediglich gemäß § 2041 B.G.B. erweitert werden. Ein Einbringen im technischen Sinne d. h. auf Grund eines Gesellschaftsvertrags kommt hier kaum in Betracht. Es wird äußerst selten sein, daß die Erben vereinbaren, es habe einer

---

[1]) Bezüglich der offenen Handelsgesellschaft: Behrend, Handelsrecht § 66 Nr. 1; Staub, Exkurs zu § 122 Anm. 12; Hellwig, Anspruch und Klagerecht § 37; Gierke a. a. O. S. 40–41; R.G. 9 S. 143, 16 S. 17; R.G. 30 S. 33; R.G. 43 S. 106, 49 S. 343, 54 S. 280 ff.; in Gruchot Bd. 38 S. 1061 ff.; Kammergericht in R.J.A. Bd. 3 S. 43.

Bezüglich der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts: Eck-Leonhard S. 548 ff.; Hellwig a. a. O. S. 40 und 41; Knocke, Recht der Gesellschaft § 5.

Bezüglich beider: O.L.G. Hamburg in Jochow Bd. 22 D S. 23; Kammergericht in Jochow Bd. 24 A S. 126; R.G. in J.W. 1904 S. 61 Nr. 17.

[2]) L.G. Halle in Handelsrechtlicher Rechtsprechung 1900/1901 § 105 c.

von ihnen ein Grundstück der Erbengemeinschaft zu übertragen oder gar, sie alle wollen ein ihnen nach Quoteneigentum zustehendes Grundstück in den Nachlaß einbringen.

Ausgeschlossen sind solche Geschäfte, bei dem Gesamtgute der allgemeinen Gütergemeinschaft. Die Wirkung des Ehevertrags ist bei der allgemeinen Gütergemeinschaft ohne weiteres die, daß das gesamte vorhandene Vermögen, ebenso wie die Vermögensstücke, welche künftighin von dem Gatten erworben werden, gemeinschaftliches Kollektiveigentum werden. Es findet bezüglich des bereits vorhandenen Vermögens Universalsukzession statt (§ 1438 Abs. 2) statt (§ 1428 Abs. 2 B.G.B.). Ohne weiteres fällt auch in das Kollektivvermögen, was der Mann und die Frau während der Gütergemeinschaft erworben. Eine vertragsmäßige Übereignung der dem einzelnen Gatten gehörigen oder von ihm erworbenen Gegenstände an die Gemeinschaft findet nicht statt[1]). Es kann also auch von einer vertragsmäßigen Eingehung einer Verpflichtung der Gatten, einzelne Gegenstände der Gesamthand zu Eigentum zu übertragen, keine Rede sein. Auch bei dem Güterstande der Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft bildet sich das Gesamtgut in der Regel kraft Gesetzes. Wo aber die Zuweisung von Vermögensstücken, die an und für sich zum eingebrachten Gut gehören, an das Gesamtgut vereinbart wird, bedarf es der Form des Ehevertrags, während für die Übereignung allerdings Auflassung erforderlich ist[2]).

So bleibt nur die Einbringung von Grundstücken in Gesellschaften. Hier bestimmt sich die Verpflichtung zur Einbringung lediglich nach den im ursprünglichen oder später abgeschlossenen Gesellschaftsvertrage getroffenen Vereinbarungen. Eine außerhalb des Gesellschaftsvertrags bestehende gesetzliche Verpflichtung zur Leistung von Beiträgen, insbesondere auch zur Erhöhung derselben besteht nicht (B.G.B. § 707).

Insofern nun der Gesellschaftsvertrag zur Leistung von Beiträgen verpflichtet, ist er Illationsvertrag[3]). Es wäre unrichtig, die Verpflichtung zur Illation als einen Verkauf des betreffenden Gegenstands an die Gesellschaft aufzufassen: vielmehr handelt es sich hier um eine der aus dem Gesellschaftsvertrag entspringende Verpflichtung[4]). Diese Verpflich-

[1]) R. Schröder, Das eheliche Güterrecht nach dem B.G.B. S. 41 ff. Vgl. auch B.G.B. § 1483 Abs. 3.

[2]) Neumann II § 1519 Nr. 2 und § 1520 Nr. 2.

[3]) Staub, Exkurs zu § 122 Anm. 10.

[4]) Das gleiche gilt von dem Versprechen eines stillen Gesellschafters eine Liegenschaft einzulegen. Nur kommt hier die Gesamthand nicht in Betracht, da er verpflichtet ist, das Grundstück dem Geschäftsinhaber zu Alleineigentum zu gewähren. Für das

tung kann insbesondere auch dahin gehen, daß der Gesellschafter einen Gegenstand in das Eigentum der Gesellschaft zu übertragen hat. Soweit die Einlage in der Übertragung eines Gegenstandes, der bisher im Alleineigentum eines Gesellschafters oder in einer einem einzelnen gehörigen Eigentumsquote besteht, ist es unzweifelhaft, daß, insofern der Gegenstand von einem einzelnen auf mehrere Personen übergeht, es sich um eine Eigentumsveräußerung handelt und daher der Gesellschaftsvertrag eine Verpflichtung zu einer solchen enthält. Ebenso verhält es sich, wenn der Gegenstand oder die Quote mehreren Gesellschaftern gehört, außer ihnen aber noch weitere Personen Mitglieder der Gesellschaft sind oder er zwar allen gehört, diese aber an demselben andere Eigentumsquoten haben, als ihnen an dem Gesamtvermögen nach dem Gesellschaftsvertrag zusteht [1]). Allein strittig ist die Frage, ob ein Eigentumswechsel und damit eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung im Illationsvertrag dann vorliegt, wenn ein Illationsgegenstand mehreren Personen, die allein Gesellschafter sind, pro partibus indivisis gehört und der Gesellschaftsvertrag über die ihnen in Zukunft an dem betreffenden Gegenstande zustehenden Quoten nichts sagt, ja sogar die Quoten am Gegenstand und die Gewinnquote aus dem Gesellschaftsvermögen übereinstimmen. Nach dem oben Ausgeführten liegt aber, da eben condominium pro partibus indivisis etwas vom Miteigentum zur gesamten Hand völlig verschiedenes ist, auch hier ein Eigentumsübergang vor und es unterscheidet sich dieser Fall von den oben erwähnten in nichts [2]). Hieraus ergibt sich, daß

Versprechen ist also die Form des § 313 erforderlich. So Denkschrift zum H.G.B. S. 183, 195 und 139; R.G. 45 S. 38 behauptet freilich die Einlage des stillen Gesellschafters müsse nicht notwendig in das Eigentum des Geschäftsinhabers übergehen, es sei vielmehr zulässig, daß die von beiden Personen eingelegten Objekte im Quoteneigentum beider stehen. Unter Umständen, wenn an den Eigentumsverhältnissen nichts geändert wird, wäre dann die Form des B.G.B. § 313 nicht erforderlich.

[1]) Ebenso R.G. in J.W. 1895 S. 332 Nr. 29, 1899 S. 596 Nr. 57, in Gruchot 40 S. 1163; Laband in Goldschmidt Bd. 31 S. 33; Makower § 124 II b; Staub, Exkurs zu § 122 S. 385; Turmann-Förster 2. Aufl. S. 362; Achilles-Ströcker, Einleitung S. 39; Oberneck § 63 S. 321; Dernburg, Privatrecht II 2 § 358 Anm. 3; Knocke, Recht der Gesellschaft § 32 S. 95.

[2]) Ebenso: Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit 2. Aufl. Berlin 1902 Anm. 34 a; Endemann II S. 227 Anm. 6; Staub § 122 Exkurs S. 385; Oberneck, Grundbuchgesetze S. 8–9; Makower, H.G.B. § 124 II b; Planck III § 925 Anm. 3; Turnau-Förster 2. Aufl. S. 363; Achilles-Ströcker, Einleitung S. 40; Oberneck, Grundbuchordnung S. 320 und 321; Kammergericht in Johow Bd. 17 S. 44; R.G. in J.W. 1903 S. 436 Nr. 15; Knocke a. a. O. § 32 Anm. 9. Zustimmend für die offene Handelsgesellschaft Hellwig, Anspruch und Klagerecht § 37; anders für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts § 29 Anm. 1. Anders: R.G. Bd. 25 S. 252; 30 S. 150;

überall, wo laut des Gesellschaftsvertrags ein bisher nicht im Kollektiveigentum der Gesellschafter stehendes Grundstück oder eine Grundstücksquote von den Gesellschaftern in die Gesellschaft einzubringen ist, der Illationsvertrag der Form des § 313 B.G.B. bedarf [1]). Das Gesagte gilt auch dann, wenn die Verpflichtung erst in einer späteren Ergänzung des Gesellschaftsvertrags übernommen wird: nur daß hier allein der Zusatzvertrag der Form bedarf [2]). Hierhin gehört auch der Fall, wenn später ein Gesellschafter in die Gesellschaft eintritt und in dem Eintrittsvertrag sich zur Einbringung eines Grundstücks verpflichtet. Das Gesagte gilt für alle Arten der Gesellschaft.

II. Die Auflösung der Gemeinschaft hat noch nicht das Aufhören derselben mit der Wirkung zur Folge, daß die Gemeinschaft zur Gesamthand aufhören würde zu existieren, daß das Vermögen aufhört, Gemeinschaftsvermögen zu sein und nun etwa den Inferenten ihre Illaten wieder zufallen und bezüglich der restierenden Gegenstände Quoten erwüchsen.

---

ferner in Gruchot Bd. 38 S. 1065 und Bd. 43 S. 202; in J.W. 1898 S. 609 Nr. 39; 1899 S. 320 Nr. 48; Kammergericht in Johow Bd. 6 S. 67 ff. Die angeführten Reichsgerichtsentscheidungen führen aus, das Gesamtvermögen gehöre den Gesellschaftern. Sie seien Eigentümer des Grundstücks. Es liege somit kein Eigentumswechsel, demnach auch keine Veräußerung vor. Es werden noch, wie vor gemeinschaftlichen Rechte nur eine „andere Gestaltung" gegeben. Diese andere Gestaltung ist eben die Veränderung des condominium pro partibus indivisis in das ganz anders geartete Miteigentum zur gesamten Hand. Vgl. noch R.G. bei Bolze Bd. 14 Nr. 565; ferner in J.W. Bd. 22 S. 161; endlich noch Unger, Jahrbücher für Dogmatik Bd. 25 III S. 258—259. Unbestimmt: R.G. 49 S. 254.

[1]) Ebenso Düringer-Hachenburg § 350 Note III; Staub § 105 Anm. 27; Makower § 105 d 3 S. 180; Knocke a. a. O. § 10 S. 26; Krome II § 280 Nr. 5; Dernburg II 2 § 357 S. 506—507.

[2]) Keine Verpflichtung zur Übereignung enthält der Gesellschaftsvertrag, in dem die Sozii als Gesellschaftszweck die Erwerbung eines bestimmten oder unbestimmten Grundstücks vereinbaren, ferner ein Vertrag unter den Sozii, in dem sie bestimmen, ein demnächst von ihnen erst zu kaufendes Grundstück oder ein noch nicht aufgelassenes Grundstück, das auch noch nicht für die Sozii zu Quoten eingetragen ist, in das Gesellschaftsvermögen einzulegen und für die Gesamthand in das Grundbuch eintragen zu lassen. Ebenso wenn ein Sozius verspricht, ein von ihm gekauftes, aber an ihn noch nicht zu Eigentum übertragenes Grundstück in die Gesellschaft einzulegen. Düringer-Hachenburg § 350 S. 301. Erwerben endlich die Sozii ein Grundstück in eigenem Namen, das sie aber laut vorheriger Verabredung für die Gesellschaft bestimmt haben, so ergibt sich aus B.G.B. § 713 mit B.G.B. § 667 B.G.B., daß sie kraft Gesetzes obligiert sind, das Erworbene an die Gesellschaft herauszugeben, es zum Gesamthandvermögen zu machen. Auch hier ist kein Raum für einen Vertrag im Sinne des B.G.B. § 313; R.G. 54 S. 103 ff. Das gilt auch für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

Die Auflösung hebt die bereits entstandenen Rechte und Pflichten der Gemeinschafter nicht auf, sondern bedeutet nur, daß Recht und Pflicht zur Weiterverfolgung des Gesellschaftszwecks aufhören. Die Gesamthand bleibt vielmehr solange fortbestehen, als ein Atom des Gesamthandvermögens verfangen ist. Sache eines besonderen Verfahrens, des Auseinandersetzungs- und Liquidationsverfahrens ist es, die Gesamthand im großen und ganzen und an den einzelnen Gegenständen aufzulösen [1]). Das Eigentum zur Gesamthand an den zum Vermögen der Gemeinschafter gehörigen Sachen besteht während der Auseinandersetzung so lange fort, bis die Gemeinschafter oder Liquidatoren darüber verfügen [2]). Im einzelnen ist das Auseinandersetzungsverfahren bei allen Arten der Gemeinschaft verschieden geregelt. Das nähere über den gesetzlichen Auseinandersetzungsanspruch, sowie der Auseinandersetzungsvertrag ist schon oben des näheren bemerkt.

1. Bezüglich der Liquidation der Handelsgesellschaften mag hier nur soviel konstatiert werden, daß die Gesellschafter hier überhaupt keinen Anspruch auf Übertragung einzelner Gemeinschaftsobjekte und zwar auch bezüglich ihrer Illaten haben. Vielmehr soll das gesamte Gesellschaftsvermögen versilbert und das nach Bezahlung der Gemeinschaftsschulden übrigbleibende Geld unter die Gesellschafter nach Verhältnis ihrer Kapitalanteile verteilt werden (H.G.B. § 155).

a) Doch steht es den offenen Handelsgesellschaftern (nicht den Liquidatoren) frei, eine andere Art der Auseinandersetzung zu vereinbaren. Eine solche Vereinbarung kann schon in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage, aber auch in einem erst (nach Begründung der Gesellschaft) späterhin abgeschlossenen Vertrage getroffen werden. Sie kann auch von den Gesellschaftern erst im Laufe des Liquidationsverfahrens beschlossen werden, in welch letzterem Falle der Beschluß einstimmig erfolgen muß. Insbesondere kann vereinbart werden, daß ein Sozius einzelne Gemeinschaftsobjekte auf Abrechnung an seinem Auseinandersetzungsguthaben übereignet erhalte. Hier handelt es sich um eine vertragsmäßige Verpflichtung der Sozien zur Eigentumsübertragung an einen Dritten, und diese bedarf, wenn der Gegenstand ein Grundstück ist, gemäß B.G.B. § 313 der gerichtlichen oder notariellen Form [3]). Denn ein Recht oder eine Pflicht des Gesellschafters, das

[1]) R.G. 9 S. 144; 25 S. 252; 32 S. 256; in Gruchot 39 S. 356; Kammergericht in O.L.G. 6 S. 261.

[2]) Vgl. die letzte Anmerkung.

[3]) Ganz selbstverständlich ist die Form, wenn ein Sozius von den Liquidatoren ein Grundstück oder eine reelle, beziehungsweise ideelle Quote eines solchen aus der Liquidationsmasse kauft.

Grundstück zu übernehmen, besteht ohne besondere Vereinbarung nicht. Ganz das gleiche gilt auch, wenn verabredet wird, daß ein Gesellschaftsgrundstück unter mehreren Gesellschaftern auf Abrechnung an ihren Liquidationsansprüchen reell oder ideell geteilt werde, selbst wenn die Quoten mit den Kapitalanteilen völlig übereinstimmen. Das letztere ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen über die Gesamthand. Das gleiche gilt, wenn verabredet wird, daß alle vorhandenen Gemeinschaftsobjekte in Natur oder Quoten unter die Sozii aufgeteilt werden sollen. Befinden sich alsdann im Gesellschaftsvermögen Grundstücke, so bedarf der Vertrag der Form des B.G.B. § 313[1]). Wird schon im Gesellschaftsvertrag ein solcher Teilungsmodus festgesetzt, so bedarf dieser, wenn hier schon Grundstücke einzulegen sind, so wie so der Form des § 313 B.G.B. War zunächst im Gesellschaftsvermögen ein Grundstück nicht vorhanden, so kann die Vereinbarung zunächst formlos geschlossen werden. Erst wenn später ein Grundstück erworben wird, muß die Verabredung in der Form des B.G.B. § 313 getroffen werden.

b) Während dann, wenn trotz Ausscheidens eines Gesellschafters mehrere Gesellschafter zurückbleiben, unter Umständen die Handelsgesellschaft bestehen bleibt und der Anteil des Ausscheidenden am Geschäftsvermögen denen der verbleibenden ipso iure anwächst, kann von einem solchen Fortbestehen der Handelsgesellschaft und einem solchen Anwachsen dann keine Rede sein, wenn nur einer der früheren Gesellschafter im Geschäfte zurückbleibt. Infolgedessen tritt hier stets Auflösung der Gesellschaft ein und die gesetzmäßige Folge wäre die Liquidation. Es kann aber statt derselben von den Gesellschaftern verabredet werden, daß ein Gesellschafter das Geschäft der offenen Handelsgesellschaft mit allen Aktiven und Passiven übernahm. Hier kann dann kein Anwachsen und keine Universalsukzession eintreten: vielmehr liegt ein Veräußerungsgeschäft vor und die einzelnen Rechte sind nach den jeweils vorgeschriebenen Formen auf den Übernehmenden zu übertragen[2]). Der Vertrag, durch den sich die Aus-

---

[1]) Vgl. auch Kretzschmar im sächs. Archiv Bd. 12 S. 551, 553; Salinger in J.W. 1902 S. 280.

[2]) Bayr. O.L.G. in Seuffert Bd. 40 Nr. 129; im Recht 1903 S. 212; Kammergericht in Johow Bd. 11 S. 124, Bd. 17 S. 44, Bd. 22 D S. 24, Bd. 24 A S. 10 ff. (R.G.A. 3 S. 97); O.L.G. Hamburg in O.L.G. 1901 S. 34 (R.J.A. 2 S. 146, O.L.G., Dresden in handelsrechtl. Rechtsprechung § 131 Nr. a; L.G. Metz in Recht 1902 S. 19; Achilles-Strecker, Einleitung S. 32; Oberneck, Grundbuchordnung S. 322 und 327.

Anders Staub § 145 Anm. 8, der ein Anwachsen des Anteils des Ausscheidenden zu Gunsten des allein Übernehmenden annimmt; ferner R.O.H.G. Bd. 24 S. 144;

scheidenden zu der Übertragung ihrer Rechte am Handelsgesellschaftsvermögen verpflichten, ist ein obligatorischer Vertrag. Befindet sich im Gesellschaftsvermögen ein Grundstück, so verpflichten sich die Austretenden dem Erwerber an Stelle des bisherigen Gesamthandeigentums Alleineigentum zu verschaffen und es bedarf daher der Vertrag der Form des B.G.B. § 313 [1]). Eine solche Vereinbarung kann schon im Gesellschaftsvertrag getroffen sein und bezüglich der Form gilt dann, je nachdem von Anfang an oder erst späterhin Grundstücke in das Gesellschaftsvermögen eingebracht worden sind, das sub a Vorgetragene. Das gleiche gilt übrigens, wenn eine Handelsgesellschaft durch Kündigung oder Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird, ohne daß im Vertrage die Fortsetzung der Gesellschaft unter den anderen Gesellschaftern oder einigen derselben unter Übernahme der Aktiva und Passiva festgesetzt ist, dann aber, nachdem die Liquidation begonnen hatte, ein Teil der Gesellschafter vertraglich mit den Ausscheidenden vereinbarte, daß diese ihnen das Geschäft mit allen Aktiven und Passiven überlassen.

2. Bei den anderen Arten der Gesamthandgemeinschaften, also der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, der Erbengemeinschaft und des ehelichen Gesamtguts tritt das gewöhnliche, oben in § 9 näher skizzierte Auseinandersetzungsverfahren ein, wonach das Gesamtvermögen nur insoweit

---

R.G. 25 S. 257 und 31 S. 47; in Gruchot Bd. 43 S. 199; in J.W. 1899 S. 320 Nr. 48 und 1904 S. 38 Nr. 4; Oberverwaltungsgericht Berlin in Sörgel 1903 zu § 738 Nr. 2; O.L.G. Hamburg ebendaselbst.

Unbestimmt: Turnau-Förster (2 Aufl.) I S. 364.

[1]) Dagegen liegt lediglich eine Fortsetzung der alten Gesellschaft vor, wenn sämtliche Gesellschafter im Augenblick der Auflösung die Fortsetzung derselben beschließen. Über diesen und ähnliche Fälle vgl. Staub § 138 Zusatz 1 Anm. 4. Eine solche Vereinbarung bedarf, da die alte Gesamthand fortbesteht, nicht der Form des B.G.B. § 313.

Hiervon gelten für die Handelsgesellschaft zwei positive Ausnahmen (H.G.B. § 142). Wenn nämlich in der Person des einen von 2 Gesellschaftern die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen bei einer größeren Zahl von Sozien seine Ausschließung aus der Gesellschaft zulässig wäre oder wenn ein Privatgläubiger eines Sozius nach vorangegangener Pfändung und Überweisung des Gesellschaftsanteils desselben die Gesellschaft gekündigt hat oder über das Vermögen eines Sozius der Konkurs eröffnet ist, so kann der andere Sozius auf Ausschluß des ersteren klagen und mit Rechtskraft des Ausschlußurteils geht das Geschäft auf ihn mit Aktiven und Passiven über. Es vollzieht sich hier eine Anwachsung des Anteils des Ausgeschlossenen zu Gunsten des Verbleibenden. Alle Rechte gehen auf ihn ohne besonderen Übertragungsakt über. Da es sich um einen gesetzlichen Anspruch handelt, so kann von einer Anwendung des B.G.B. § 313 keine Rede sein. Vgl. Staub Bd. I S. 464 § 142 Anm. 8; Achilles-Strecker, Einleitung S. 32. Anderer Ansicht Turnau-Förster I S. 363.

zu versilbern ist, als daraus Gemeinschaftsgläubiger zu befriedigen sind und (bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts) die Einlagen der Gesellschafter zurückzuerstatten sind, was in bar zu erfolgen hat. Der alsdann verbleibende Rest ist nach den Vorschriften über die Quotengemeinschaft unter die Gemeinschafter zu verteilen (bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nach Maßgabe der Gewinnbeteiligung der Gesellschafter, bei der Gütergemeinschaft hälftig und bei der Erbengemeinschaft nach Maßgabe der Größe des Erbteils). Allein diese gesetzlichen Vorschriften sind, wie oben gezeigt, dispositive und können im Weg der Parteiberedung, was auch regelmäßig geschieht, abgeändert werden. Das Nähere hierüber ist oben schon vorgetragen.

Es frägt sich nun, in welchen Fällen ein solcher Auseinandersetzungs*vertrag* die Verpflichtung zur Grundübereignung enthält. Dies trifft nach den eingangs gegebenen Darlegungen dann zu, wenn die Gemeinschafter *vertraglich* die Verpflichtung übernehmen, ein Gesamthandsgrundstück einem oder mehreren der Gemeinschafter (Erben, Ehegatten oder Gesellschafter) zu Alleineigentum, zu ideellen oder reellen Quoten zu übertragen. Bei Vorliegen einer solchen Vereinbarung bedarf der Auseinandersetzungsvertrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung im Sinne des B.G.B. § 313. Wird z. B. in einer privaten Erbauseinandersetzung oder in einer privaten Gesamtgutsauseinandersetzung vereinbart, daß ein Grundstück einem Erben (oder bei der Gesamtgutsauseinandersetzung einem Gatten) zu Alleineigentum übertragen wird oder es unter den Erben (bezw. Gatten) anders, als es nach dem gesetzlichen Anspruch zu geschehen hat, reell geteilt wird, so bedarf der Auseinandersetzungsvertrag der Form des B.G.B. § 313 [1]). Die Festsetzung der ideellen Teilung eines Gesamthandsgrundstücks kann, ebenso wie die Verpflichtung zur Übertragung eines Gemeinschaftsgrundstücks an einen einzelnen Gemeinschafter, ohne daß die Gemeinschafter den Anspruch auf ein

[1]) Kammergericht im Recht 1903 S. 17 Nr. 11; in O.L.G. 5 S. 355; Kreß, Die Erbengemeinschaft § 21 Nr. 2 S. 235. In der Zuweisung eines Grundstücks, das zum Gesamtgut gehört, an einen Erben, Ehegatten oder sonstigen Gesamthänder sehen einen freiwilligen Eigentumsübertragungsvertrag und müssen daher für den diese Leistung begründenden Vertrag die Form des § 313 B.G.B. verlangen R.G. 9 S. 272; R.G. 20 S. 260; R.G. 25 S. 252; R.G. 30 S. 150; Kammergericht in Jochow Bd. 13 S. 22, Bd. 14 S. 105, Bd. 22 A S. 301; implicite Kammergericht in R.J.A. Bd. 1 S. 135 ff.; Kammergericht in O.L.G. 4 S. 435; Bayrisches oberstes Landesgericht in Recht 1903 S. 340; Dr. Salinger in J.W. 1902 S. 281; ferner Achilles-Strecker, Einleitung S. 40; Turnau-Förster 2. Aufl. S. 363; Oberneck, Grundbuchordnung 62 Nr. 3 S. 314 ff.

gleichartiges ihren Anteilen entsprechendes Grundstück erhalten, nur im Wege der Vereinbarung getroffen werden und bedarf also stets der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung [1]). Nur eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel, wonach die Illaten nicht mehr in Natur zurückgefordert werden können, gilt insofern als beim ehelichen Gesamtgut (ausgenommen der Errungenschaft) jeder Gatte kraft Gesetzes einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe derjenigen Gesamtgutsobjekte hat, die er eingebracht oder die während der Gemeinschaft titulo lucrativo an ihn und durch ihn in das Gesamtgut gelangt sind; hier bedarf es keines vertragsmäßigen Versprechens des anderen Gatten oder seiner Erben, bei Auflösung der Gemeinschaft die betreffenden Objekte an den betreffenden Gatten zurückzuübereignen und von einem Vertrage im Sinne des B.G.B. § 313 kann keine Rede sein.

Sonst werden Ansprüche eines Gatten, gewisse Gesamtgutsgegenstände nach Auflösung der Ehe übertragen zu erhalten, durch Ehevertrag begründet, wenn solches vor der Aufhebung des Güterstandes vereinbart wird.

Im Gesellschaftsvertrage der bürgerlichen Gesellschaft kann ferner vereinbart sein, daß einem Sozius das Recht zustehe, die von ihm eingebrachten oder sonstigen Gesellschaftsgrundstücke bei der Auseinandersetzung herauszuverlangen. Hier gilt dann das sub 1 a in diesem Paragraphen Ausgeführte. Auch das sonst dortselbst Vorgetragene, sowie die Ausführungen sub 1 b finden (mit Ausnahme des H.G.B. § 142) auf die bürgerliche Gesellschaft Anwendung.

III. Bei den sämtlichen Gesellschaften ist ein Wechsel in der Person der Sozien dadurch möglich, daß einer von ihnen ein- oder austritt, während dadurch die ursprüngliche Gesellschaft in ihrem Bestande nicht berührt wird. Voraussetzung bleibt jedoch, daß mindestens zwei Sozii übrigbleiben.

a) Bei den Handelsgesellschaften und der bürgerlichen Gesellschaft ist bezüglich des Ausscheidens eines Sozius im Gesetze ausdrücklich bestimmt, daß jene im Falle des Todes, der Aufkündigung oder des Konkurses eines Gesellschafters fortbestehen soll, falls dies in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder einem späteren Zusatz zu demselben vor-

---

[1]) Kammergericht in Jochow 13 S. 226 ff. Daß in all diesen Fällen eine freiwillige Eigentumsübertragung vorliegt, sprechen aus Kammergericht 10. März 1902 in R.J.A. Bd. 3 S. 102; Protokolle S. 3831 ff.; Planck III § 925 Nr. 4 S. 165 Abs. 1 und S. 166 Abs. 1; Oberneck, Grundbuchrecht § 62 Nr. 3 (insbesondere S. 315 oben).

gesehen war (B.G.B. § 736, H.G.B. § 138). Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts können im Falle einer derartigen Stipulierung die Gesellschafter, wenn in der Person eines derselben ein wichtiger Kündigungsgrund eintritt, diesen durch eine empfangsbedürftige Erklärung aus der Gesellschaft ausschließen (B.G.B. § 737). Das H.G.B. geht noch darüber hinaus, insofern es dem Richter das Recht einräumt auf Verlangen der anderen Sozii einen Gesellschafter, in dessen Person ein Umstand eintritt, welcher die anderen Gesellschafter zur sofortigen Kündigung berechtigt, auszuschließen und ferner den Gemeinern die Befugnis gibt, den Ausschluß eines Sozius zu beschließen, dessen Exekutionsgläubiger die Gesellschaft aufgekündigt hat oder der in Konkurs geraten ist (H.G.B. § 141).

Die Wirkung des Austritts und Ausschlusses eines Gesellschafters besteht darin, daß sein Anteil am Vermögen den andern Sozien zuwächst (B.G.B. §§ 738—740). Denn das Gemeinschaftsvermögen kann nur den Personen gehören, die sich noch innerhalb der Gesamthand befinden. Wer aus dieser ausscheidet, verliert damit eo ipso ohne Veräußerungsvertrag alle Rechte am Gesellschaftsvermögen. Sein latenter Anspruch am Vermögen verbleibt der Gesellschaft und geht kraft Gesetzes auf die anderen Sozien über. Grundstücke, die zum Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft gehören, spüren diese Rechtsveränderung gar nicht, da sie nicht auf den Namen der Sozien, sondern der Gesellschaftsfirma eingetragen sind. Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts wird das Grundbuch unrichtig, so daß sowohl der Ausscheidende, wie die verbleibenden Gesellschafter die Berichtigung des Grundbuchs verlangen können [1]). Für einen Vertrag im Sinne des B.G.B. § 313 ist hier kein Raum. Auch die Bestimmung des Gesellschaftsvertrags, die für gewisse Fälle den Austritt eines Sozius und das Fortbestehen der Gesellschaft stipuliert, bedarf keiner Formalisierung, da sie nur die personenrechtliche Seite der Gesellschaft regelt, nämlich, ob das persönliche Band unter den Gesellschaftern bezüglich eines derselben gelöst werden kann, ohne daß hierdurch auch das zwischen den anderen bestehende Band gelöst wird.

b) Die Frage, ob die ursprüngliche Gesellschaft fortbesteht, wenn ein neuer Gesellschafter eintritt und welche Wirkung dies bezüglich des Gesellschaftsvermögens hat, ist im B.G.B. nicht beantwortet. Doch darf

[1]) Kammergericht in Jochow Bd. 24 A S. 109 ff.; Unger, Jahrbücher für Dogmatik Bd. 25 Nr. III; Dernburg II 2 § 362 Nr. II; sowie die meisten anderen Schriftsteller. Anders bezüglich der Immobilien Krome I § 55 Note 17, abschwächend II § 285 Note 7.

hieraus nicht gefolgert werden, daß durch die Vermehrung der Personenzahl der Gesellschafter stets die alte Gesellschaft aufgelöst und zwischen den alten und den neueintretenden Gesellschaftern ein neuer Gesellschaftsvertrag geschlossen werden müßte. Daß trotz Neueintritts eines Sozius die alte Gesellschaft fortgesetzt werden kann, ergibt sich neben anderen gewichtigen Gründen[1]) schon aus dem argumentum e contrario. Denn wenn es dem Wesen der Gesellschaft nichts verschlägt, daß der Kreis der Beteiligten eingeengt wird, so folgt daraus notwendig, daß es ihrem Wesen auch keinen Eintrag tut, wenn er erweitert wird. Können die Sozien vereinbaren, daß trotz Ausscheidens eines von ihnen das alte Gesellschaftsverhältnis auf Grund des ursprünglichen Vertrags in Geltung bleibe, so müssen sie auch bestimmen können, daß es bei Eintritt eines neuen fortbestehen bleibe. Prinzipiell steht zwar das Gesetz auf dem Standpunkt, daß ein Wechsel der Mitglieder das Aufhören der Gesellschaft zur Folge habe: allein schon aus B.G.B. § 736 ergibt sich die dispositive Natur jener Vorschriften. Allerdings ist Voraussetzung des ungeschwächten Fortbestands der Gesellschaft trotz Aufnahme eines neuen Sozius, daß entweder im ursprünglichen Vertrage die Aufnahme weiterer Gesellschafter vorgesehen ist oder aber, daß sämtliche Sozien der Neuaufnahme zustimmen. Durch die Aufnahme eines neuen Sozius wird dann das schon bestehende personenrechtliche Band auch um ihn geschlungen. Aus dieser seiner Stellung als Mitglied einer schon vor seinem Eintritt bestehenden Gesellschaft folgt, daß er auch Mitverfügungsberechtigter an dem Gesellschaftsvermögen wird, da, wie oben gezeigt, jedes Mitglied der Gesellschaft auch Mitinhaber des Gesellschaftsvermögens sein muß. Mit dem

---

[1]) Vgl. hierüber ausführlich Dr. Paul Knocke im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 20 S. 1 ff.; ferner Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit 2. Aufl. S. 24 ff.; Gierke, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 19 S. 129; Hellwig, Anspruch und Klagerecht (jedoch nur für die offene Handelsgesellschaft) S. 282; Kosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 3. Aufl. S. 414; Hölder, Kommentar zum B.G.B. I S. 169; W. Ch. Franke in Recht 1902 S. 415 ff.; Jörges in Goldschmidt Bd. 49 S. 211 ff., insbes. S. 215; Gierke im 42. Jahresbericht der juristischen Gesellschaft in Berlin S. 45 und 49; Appellationsgericht Naumburg in Goldschmidt Bd. 22 S. 280; R.G. in J.W. Beilage 262 Nr. 185.

Dernburg II § 362 Nr. III; Krome I S. 261 und II S. 803; Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts § 67 Nr. 4.

Anders Planck II § 736 Nr. 2; Kosack, Lehrbuch 2. Aufl. Bd. II S. 389; Neumann I § 54 Anm. 29; Örtmann § 736 Anm. 3; sowie Knocke, Recht der Gesellschaft § 37 S. 132, die eine vertragsmäßige Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung als vorliegend erachten und daher die Anwendung des B.G.B. § 313 und Auflassung verlangen; ähnlich jedoch mit anderer Konstrukton Makower I § 105 E. 3.

Eintritt in die personenrechtliche Gemeinschaft wächst dem Neueintretenden ohne einen besonderen Übertragungsakt ipso iure ein Anteil am Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen hierzu gehörigen Gegenständen als eine Folge des Prinzips der Gesamthand zu. Es kommt hier also eine vertragliche Verpflichtung der alten Sozien, dem Neueintretenden Eigentum an jenen Gegenständen zu verschaffen, gar nicht in Betracht. Sie würde etwas, das sich schon aus dem Gesetze ergibt, in ganz überflüssiger Weise bestimmen. Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts wird mit Abschluß des Eintrittsvertrags der neue Gesellschafter Gesamthandseigentümer der Gesellschaftsgrundstücke (so daß das Grundbuch unrichtig wird). Für einen obligatorischen Vertrag im Sinne des B.G.B. § 313 ist also kein Raum[1]). Auch der Eintrittsvertrag ist grundsätzlich nur ein personenrechtlicher Vertrag und daher jener Form nicht unterworfen[2]). Nur wenn in diesem der Neueintretende sich verpflichtet, von sich aus ein Grundstück in die Gesellschaft einzubringen, enthält er eine Verpflichtung im Sinne des B.G.B. § 313 und er ist daher auch der Form jener Bestimmung unterworfen, ebenso wie wenn im Gesellschaftsvertrag vorgesehen wird, daß bei einem Austritt der Scheidende die Gesellschaftsliegenschaft erhalten soll.

Aus dem Gesagten folgt auch, daß ein Wechsel innerhalb der Mitglieder einer Gesellschaft sich auch dann formlos vollzieht, wenn ein Gesellschafter ausscheidet und für ihn ein neuer eintritt. Es ist dies lediglich eine Kombination der beiden soeben besprochenen Verträge. Zu einem solchen Vertrag bedarf es selbstredend der Zustimmung aller Gesellschafter[3]).

c) Was bezüglich der bürgerlichen Gesellschaft vorgetragen wurde, gilt gemäß B.G.B. § 54 auch für nicht rechtsfähige Vereine, für die die Frage des Ein- und Austritts einzelner Mitglieder von der größten Tragweite ist. Die oben wiedergegebenen Regeln gelten auch für die Handelsgesellschaften.

d) Bei der Miterbengemeinschaft kann jeder Gemeinschafter ohne Zustimmung der anderen Miterben über seinen Anteil am Gemeinschaftsvermögen verfügen. Eine derartige Verfügung hat die Wirkung, daß der Veräußerer aus der Gemeinschaft ausscheidet und der Erwerber an seine

[1]) Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 24 ff.; Knocke a. a. O.; anders Nagler, Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht Bd. 10 S. 745; der sonst auf dem hier vertretenen Standpunkt steht.

[2]) O.L.G. Karlsruhe in Sörgel 1903 zu § 717.

[3]) Turnau-Förster I § 925 III S. 336.

Stelle tritt. Letzterer erwirbt also durch die Veräußerung mit dem Anteil am Nachlaß auch den Anteil an den einzelnen Nachlaßobjekten eo ipso. Er tritt damit bezüglich des einzelnen Gegenstandes in das Gesamtshandsverhältnis ein, ohne daß es eines besonderen Übertragungsaktes bedarf [1]). Somit ist für einen Vertrag im Sinne des § 313 bezüglich der Anteile an den Nachlaßgrundstücken kein Raum [1]). Übrigens kann die Verfügung über den Nachlaßanteil auch zu Gunsten der anderen Miterben erfolgen, so daß der Veräußerer aus dem Miterbenverband, ohne daß ein Dritter an seine Stelle tritt, einfach ausscheidet und sein Anteil den übrigen Miterben zuwächst. In all diesen Fällen ist für die Verfügung die Form des § 2033 B.G.B. zu beobachten. Die vertragsmäßige Aufnahme eines weiteren Gemeinschafters ist bei der Miterbengemeinschaft unzulässig [2]).

Anhang.

Es ist noch die Frage zu erörtern, ob der von einem Testamentsvollstrecker aufgestellte Teilungsplan der Form des § 313 B.G.B. bedarf, wenn jener ein Nachlaßgrundstück einem Erben zuweist oder wenn er ideelle oder reelle Aufteilung eines Grundstücks unter die Miterben vorsieht [3]).

Beim Vorhandensein mehrerer Erben gibt B.G.B. § 2204 dem Vollstrecker das Recht und legt ihm die Pflicht auf, den Nachlaß nach Maßgabe des B.G.B. §§ 2042—2056 zwischen den Miterben auseinanderzusetzen. Damit ist aber dem Vollstrecker nicht etwa eine Adjudikationsbefugnis in der Richtung beigelegt, daß er einem Miterben wider dessen Willen und ohne dessen Mitwirkung ein Nachlaßgrundstück übereignen könnte [4]). Vielmehr bedarf es hier, wie bei jeder freiwilligen Veräußerung von Grundstücken, der Auflassung von seiten des Vollstreckers an den Miterben. Grundlage für derartige Veräußerungen ist der Teilungsplan.

---

[1]) B.G.B. § 2032. In einem solchen Falle wird das Grundbuch unrichtig. Kammergericht in O.L.G. II S. 242; in O.L.G. IV S. 189; in O.L.G. V S. 426 (Recht 1903 S. 19 Nr. 58); in R.J.A. Bd. 3 S. 262 ff.; Bayerisches oberstes Landesgericht in Recht 1903 S. 155 u. 211; O.L.G. Kolmar in R.J.A. Bd. 3 S. 229 mit Literaturnachweis; Strohal Erbrecht § 63 Nr. 3 S. 34 ff.

[2]) Daß bei dem Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft der Eintritt oder Austritt eines Gemeinschafters unzulässig ist, liegt auf der Hand.

[3]) Über das Wesen der Testamentsvollstreckung, vgl. Dr. Alfred Schultze in Jahrbücher für Dogmatik Bd. 43 Nr. I; ferner J. Böhm, Das Erbrecht des B.G.B. S. 91.

[4]) Dr. Hugo Kreß, Die Erbengemeinschaft § 23 S. 255; Protokolle V S. 274 ff. S. 7075 ff.; Neumann Bd. II § 2204 Nr. 3; Kammergericht in O.L.G. II S. 42.

Ihn hat der Vollstrecker festzustellen und durchzuführen. Dieser Teilungsplan muß entweder auf den Anordnungen des Erblassers beruhen, in Ermanglung solcher ist die Auseinandersetzung vom Vollstrecker auf Grund der gesetzlichen Teilungsvorschriften durchzuführen[1]). Insbesondere hat der Testamentsvollstrecker in Erfüllung seiner Auseinandersetzungspflicht einseitig die Maßregeln durchzuführen, die sonst die Miterben auf Grund ihrer obligatorischen Auseinandersetzungsverpflichtung vornehmen müssen: er hat die Teilstücke zu ermitteln und sie den einzelnen Miterben zuzuweisen, soweit es sich um teilbare Sachen oder Vermögenskomplexe handelt. Er hat von sich aus unteilbare Gegenstände in Geld umzusetzen[2]).

Nur ein Teilungsplan, der diesen Erfordernissen entspricht, hat obligatorische Wirkung. Die Erben können sich demselben nicht widersetzen und es ist das Recht und die Pflicht des Vollstreckers, denselben sogar wider den Willen der Erben durchzuführen, eventuell sogar die Erben auf Grund des Planes auf Erfüllrng der ihnen in demselben auferlegten Pflichten zu verklagen[3]). Anderseits werden auch die einzelnen Erben auf Grund dieses Planes berechtigt, die Erfüllung der zu ihren Gunsten getroffenen Teilungsmaßregeln von den Miterben zu verlangen.

Es ist der vom Testamentsvollstrecker aufgestellte Teilungsplan also ein einseitig obligatorisches Rechtsgeschäft, das die Miterben bindet[4]), und schon deshalb kann die Form des B.G.B. § 313 nicht in Betracht kommen, wenn in ihm einem Miterben der Anspruch auf den Erwerb von Grundeigentum gemäß den Anordnungen des Erblassers oder den gesetzlichen Teilungsvorschriften zugeteilt wird.

Weicht aber der Vollstrecker einseitig und willkürlich von den Anordnungen des Erblassers oder von den gesetzlichen Teilungsvorschriften ab, so sind die Erben obligatorisch nicht gebunden[5]). Der Teilungs-

[1]) Kreß a. a. O. S. 253 § 23 Nr. 1; Planck V § 2204 Nr. 2 d u. e; Dr. Lafrenz in J.W. 1903 S. 412.

[2]) Kreß a. a. O. § 23, 1 S. 253.

[3]) Neumann, Vorbemerkung zum B.G.B. § 2197 Nr. 4; Kreß a. a. O. § 23 Nr. 5 S. 259; Planck V 2204 Nr. 1; O.L.G. Hamburg in O.L.G. IV S. 123.

[4]) Kreß a. a. O. S. 254 § 23 Nr. 2; Planck V § 2204 Nr. 1 S. 396 oben. Übrigens liegt für den Vollstrecker kein Vertrag im Sinne des § 313 B.G.B. vor, da er an seine Festsetzungen im Plane nicht gebunden ist, vielmehr denselben jederzeit einseitig abändern kann und er auch nicht sich, sondern die Erben verpflichtet, ihr Gesamthandseigentum an den Nachlaßgrundstücken aufzugeben.

[5]) Kreß a. a. O. § 23 Nr. 3 S. 257. Es kann also jeder Erbe im Wege der Feststellungsklage darauf klagen, der Plan sei ungültig. Unter Umständen kann er von den anderen Miterben das kondizieren, was sie auf Grund des ungültigen Auseinander-

plan, das einseitige Rechtsgefühl ist unwirksam. Es kann aber das unwirksame Rechtsgeschäft durch Zustimmung der Erben gültig und vollwirksam werden (gemäß B.G.B. § 182). Die Zustimmung bedarf keiner Form und kann auch stillschweigend durch Nichtbeanstandung des Teilungsplans erklärt werden. Auch in diesem Falle bedarf also der Auseinandersetzungsplan der Form nicht, selbst wenn die Teilung der Grundstücke in reelle oder ideelle Quoten oder die Zuweisung eines ganzen Grundstückes im Plane den gesetzlichen Teilungsvorschriften zuwider vorgesehen ist.

Schließlich mag noch erwähnt sein, daß der Erblasser den Vollstrecker ermächtigen kann, die Auseinandersetzung nach billigem Ermessen vorzunehmen. Hier ist der letztere an die gesetzlichen Teilungsregeln nicht gebunden. Die von ihm getroffene Teilungsanordnung ist ein einseitiges, für die Miterben mit obligatorischer Wirkung verbundenes Rechtsgeschäft. Von einer Anwendung der Form des B.G.B. § 313 kann hier ebenfalls keine Rede sein [1]).

§ 13.

Der Umfang der Formvorschrift des B.G.B. § 313 bezüglich der einzelnen Vertragsbestimmungen.

Nachdem dargetan ist, welche Vertragstypen unter die Vorschrift des B.G.B. § 313 fallen, ist nunmehr zu untersuchen, in welchem Umfang der einzelne obligatorische Grundübereignungsvertrag der Form des B.G.B. § 313 unterliegt, ob nur die abstrakte Verpflichtung zur Übereignung des Grundstückes oder der ganze in concreto abgeschlossene Vertrag mit allen Einzelbestimmungen unter die Formvorschrift fällt.

I. B.G.B. § 313 bestimmt ausdrücklich, daß der Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, der Form bedarf. Schon aus diesem Wortlaut ergibt sich, daß er in Ansehung seines gesamten Inhalts dem Formzwang unterliegt [2]). Das ergibt sich aber auch aus den Materialien des Gesetzes

---

setzungsplanes des Vollstreckers erhalten haben. Planck V § 2044 Nr. 2d mit Ablehnung der Ansicht von Kosack, Lehrbuch II S. 755.

[1]) Kreß a. a. O. § 23 Nr. 6 S. 260 u. Nr. 7 S. 261.

[2]) R.G. in J.W. 1902 Beil. S. 247 Nr. 145; 1901 S. 169 Nr. 27; O.L.G. 6 S. 40 (O.L.G. Königsberg); O.L.G. 4 S. 207; Seufferts Archiv Bd. 58 Nr. 96; Motive Bd. 2 S. 189 ff.; Denkschrift S. 47; Neumann I § 125 IV 3a; Dr. Eck, Vorträge über das Recht des B.G.B. S. 163, Dernburg, Privatrecht Bd. I S. 422; Staub II § 350 Anm. 55.

und dem Zwecke des Gesetzes, sowie der Rechtslogik. Man darf einen Formalvertrag nicht in verschiedene Teile, von denen der eine formell, der andere formlos ist, zerreißen. Auch würde durch eine derartige künstliche Trennung der Zweck der Bestimmung des B.G.B. § 313, das Publikum vor Übereilung zu schützen und eine möglichst genaue und einwandsfreie Festlegung des Inhalts wichtiger Verträge zu sichern, geradezu unmöglich gemacht.

1. Die Vertragsurkunde muß daher vor allem die Essentialien des betreffenden Geschäfts enthalten. Es muß der wesentliche Vertragsinhalt, ohne dessen Vorhandensein ein gültiger Vertrag der betreffenden Art überhaupt nicht zustande kommt, urkundlich niedergelegt sein[1]). Bei gegenseitigen Verträgen muß daher auch die Gegenleistung aufgenommen sein, welche als Entgelt für die Veräußerungsverpflichtung gewährt wird, falls sie ein essentiale des betreffenden Geschäfts ist. Daß die Aufnahme mit besonderen Worten geschehe oder unter Anwendung einer speziellen Formel, ist nicht nötig. Es genügt, wenn der einzelne Vertragsbestandteil im Wege der Interpretation aus der Urkunde entnommen werden kann[2]). Wie aber schon oben gezeigt ist, können zur Interpretation der Parteierklärungen und zur Ermittlung des Parteiwillens auch Interpretationsmittel und Sachumstände herangezogen werden, die außerhalb der Urkunde liegen[3]). Die Urkunde muß sich aber in dem Sinne auslegen lassen, daß das betreffende essentiale aus ihr zu entnehmen ist. Ist das unmöglich, fehlt namentlich im Kontext all und jeder Anhaltspunkt, aus dem der Parteiwille bezüglich eines wesentlichen Vertragsbestandteils ermittelt werden kann, schweigt sich vielmehr die Urkunde über einen wesentlichen Bestandteil völlig aus, so kann man von einer Beurkundung des betreffenden Geschäftsmerkmals nicht reden. Dahin gehört vor allem der Fall, daß aus der Urkunde nicht ersichtlich ist, wer der Erwerber oder der Veräußerer ist. Dagegen braucht weder die eine noch die andere Person mit ihrem Namen in der Urkunde bezeichnet zu sein: es genügt vielmehr, wenn interpretando aus der Urkunde ermittelt werden kann, welche Person

[1]) Dernburg, Privatrecht I § 140 S. 422; Schollmeyer, Kommentar § 313 S. 166; R.G. 44 S. 242.

[2]) R.G. in Seuffert 59 Nr. 53; O.L.G. 2 S. 142; Kammergericht in Johow 21 S. 28; Motive III S. 478; Düringer-Hachenburg § 350 Nr. III 2; Neumann, Vorb. zu Buch I Titel II Abschnitt III S. 102, § 126 Nr. I 1 S. 114.

[3]) Anders frühere Rechte, die die Auslegung bezüglich gewisser Bestandteile nur aus der Urkunde zuließen, so z. B. württembergisches Gesetz von 1853 Art. 2b bezüglich des Kaufobjekts: vgl. hierzu württembergisches Archiv Bd. 15 S 142, Bd. 16 S. 65 und 301, Bd. 3 S. 141.

gemeint ist[1]). Hierhin gehört der Verkauf an eine Person, die der eine der Kontrahenten noch zu bestimmen hat. Somit genügt der Verkauf an den unbekannten Vollmachtgeber. Eine ausreichende Bezeichnung ist es auch, wenn an den Käufer A und seine Mitgesellschafter verkauft wird, z. B. unter der Formel A und Kompagnie, wenn sich nur feststellen läßt, welche Personen die Parteien unter der Bezeichnung „Kompagnie" verstanden wissen wollen. Es schadet dem Vertrage auch nicht, wenn einer der Kontrahenten mit einem Pseudonym oder Unnamen bezeichnet ist. Ganz gleichgültig ist es namentlich, ob die Parteien unter der betreffenden Bezeichnung im Grundbuch eingetragen werden können. So kann ein Einzelkaufmann, dessen Firma als Eigentümerin nicht eingetragen werden darf[2]), den obligatorischen Vertrag sehr wohl unter seiner Firma abschließen.

Ferner muß aus der Urkunde entnommen werden können, welches Grundstück veräußert werden soll. Auch hier ist nicht nötig, daß das Grundstück genau grundbuchmäßig bezeichnet oder sein Umfang, seine Kulturart 2c. in der Urkunde angegeben wird. Es muß vielmehr nur soweit in der Urkunde bezeichnet sein, daß man ermitteln kann, welches Grundstück die Beteiligten gemeint haben.

So genügt es, wenn die Übertragung des ganzen Grundbesitzes des Veräußerers versprochen wird[3]), ohne daß angegeben zu werden braucht, aus welchen Parzellen im einzelnen derselbe besteht und wo dieselben gelegen sind. Nicht notwendig ist, daß wenn ein Hauptgrundstück unter Benennung der Parzellennummer verkauft wird, die dazu gehörigen Nebenparzellen wie Hof, Hausgarten, Durchgänge ebenfalls mit Parzellennummer bezeichnet werden. Ja selbst dann, wenn derartige Nebenräume als besondere Parzellen im Grundbuch eingetragen sind, ist, wenn sie in der Urkunde gar nicht erwähnt sind, eine dahingehende Auslegung der Urkunde, daß diese Nebenparzellen, die ohne das Hauptgrundstück keinen wirtschaftlichen Wert haben, ebenfalls durch den beurkundeten Vertrag mitverkauft sind, zulässig, sofern nur feststeht, daß dieselben nach dem Willen der Beteiligten in den Kaufvertrag einbegriffen sein sollten. Es ist davon auszugehen, daß die betreffenden Parzellen wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit und Zugehörigkeit zur Hauptsache nicht besonders hervorgehoben wurden[4]). Überhaupt ist davon auszugehen, daß

---

[1]) Z. B. „an die Dreschereigenossenschaft zu A", die aber lediglich eine Gelegenheitsgesellschaft ist.

[2]) Staub I § 17 Anm. 3; anders Düringer-Hachenburg § 17 Nr. IX S. 101. Zweifelhaft Makower I § 17 III e S. 47.

[3]) O.L.G. Posen in O.L.G. 6 S. 43.

[4]) O.L.G. Kiel in O.L.G. 6 S. 228.

wenn die Parteien ein bestimmtes Grundstück bei Abgabe der Erklärung zu Protokoll im Auge hatten und sich dieser Parteiwille aus der Urkunde unter Beiziehung der sonst zu Gebote stehenden Interpretationsmittel feststellen läßt, eine falsche Bezeichnung des Grundstücks in der Urkunde nichts schadet. Es muß nur feststehen, daß der Vertragswille der Parteien auf ein und dasselbe Grundstück ging. Die in der Urkunde aufgenommenen Angaben über die Lage des Grundstücks (nach Straße und Hausnummer), über die grundbuchmäßige Bezeichnung (Parzellennummer) und über den Flächeninhalt dienen regelmäßig lediglich der Beschreibung, der Spezialisierung des Grundstücks, und es ist anerkannten Rechtens, daß wenn diese Beschreibung ungenau oder falsch ist, dies der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts, sofern nur sonst ermittelt werden kann, welches Grundstück die Parteien unter der von ihnen gewählten Beschreibung verstanden haben, keinen Eintrag tut: es gilt hier der schon im gemeinen Rechte, sowie im preußischen anerkannte Rechtssatz: falsa demonstratio non nocet[1]). Das Hauptbeispiel, das hierher gehört, ist der Fall, wo die Beteiligten bei Veräußerung eines in ungetrennter Fläche liegenden Grundbesitzes annehmen, er habe ein Blatt im Grundbuch und bilde eine Parzelle, während er auf mehreren Grundbuchblättern steht und mehrere Parzellen bildet. In all diesen Fällen liegt nur eine falsche Bezeichnung, nicht aber eine fehlende Übereinstimmung von Willen und Willenserklärung vor[2]).

Ganz anders aber liegt der Fall, wenn einzig und allein aus dem Wortlaut der Vereinbarung und nur aus der gewählten Bezeichnung heraus der Kaufgegenstand festgestellt werden kann, wenn also derselbe erst durch den Kaufvertrag zu einem selbständigen Objekte geschaffen und aus einem ganzen Komplexe ausgeschieden wird. So wenn von der an der N.-Straße gelegenen Front des Grundstücks 23 qm gekauft werden. Hier kann das Kaufsobjekt lediglich aus dem Wortlaut der Vereinbarung ermittelt werden: es dient der gewählte Ausdruck zur Individualisierung, nicht zur bloßen Beschreibung des Kaufobjektes. Ist der Wortlaut der Vereinbarung in einem solchen Falle unrichtig wiedergegeben, so kann man nicht von einer falschen Beschreibung reden, denn 23 qm jenes

[1]) R.G. in Gruchot 41 S. 641; ferner S. 921; in J.W. 1896 S. 17 Nr. 66 in J.W. 1904 S. 58 Nr. 13; R.G. in Seuffert Bd. 42 Nr. 188 l. 9 § 1; Dig. 18, 1 l. 32, 1; l. 32 Dig. 45, 1; Turnau-Förster Grundbuchordnung 2. Aufl. S. 347; Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte § 17, 6a S. 130.

[2]) Völlig gleichgültig ist daher auch, ob die falsche Bezeichnung auf einem Versehen der Parteien oder der Urkundsperson beruht.

Grundstücks sind ganz etwas anderes, als 32 qm. Hier liegt eine vom wahren Willen der Parteien abweichende Erklärung vor. Dieser Fall ist in seinen Folgen hier nicht zu erörtern.

Endlich muß, wenn es sich um einen Kauf handelt, aus der Urkunde sich der Kaufpreis bestimmen lassen, da auch er zu den Essentialien eines Kaufgeschäfts gehört. Er braucht nicht ziffernmäßig fixiert zu sein: es genügt, wenn er aus der Urkunde heraus bestimmbar ist. Es reicht z. B. der Vermerk aus, Käufer zahle dasselbe, was Verkäufer für das Grundstück bezahlt habe. Es kann auch auf den ortsgängigen Preis verwiesen werden, ja es kann die Festsetzung des Kaufpreises in das Ermessen eines der Kontrahenten gestellt sein. Allein das muß wenigstens interpretando aus der Urkunde entnommen werden können. Ist aber das nicht möglich, so liegt eine gültige Verabredung über den Kaufpreis nicht vor[1]). Das gilt insbesondere auch, wenn der zwischen den Parteien vereinbarte Kaufpreis falsch beurkundet ist (z. B. 100 ℳ statt 1000 ℳ oder Taler). Hier kommt nicht die Auslegung eines zweifelhaften Ausdrucks in Betracht. Der Ausdruck ist an sich ganz klar und erlaubt gar keine andere Auslegung. Hier handelt es sich vielmehr um eine dem Parteiwillen nicht entsprechende Erklärung bezüglich eines essentiale.

Ebenso müssen bei anderen Verträgen die Essentialien aus der Urkunde sich ergeben z. B. beim Illationsvertrag die Beredung, daß das Grundstück die Einlage eines socius in eine bestimmte Gesellschaft gemäß des Gesellschaftsvertrages sei, bei der Schenkung, daß die Verpflichtung zur Übereignung in liberaler Weise übernommen werde ꝛc.[2]). Die angeführten Beispiele dürften genügen. Das Ergebnis dieser Betrachtungen läßt sich kurz dahin zusammenfassen: Wenn die Parteien der Sache nach einig sind und nur eine irrtümliche Bezeichnung für den Vertragsgegenstand oder für den Vertrag selbst gewählt haben, so tut das der

---

[1]) Dernburg I § 140 S. 422; Schollmeyer a. a. O.; R.G. in J.W. 1904 S. 55 Nr. 6, wo für ausreichend erklärt wird, daß im Vertrag gesagt ist, der Kaufpreis sei durch Abtretung zweier Hypotheken zu bezahlen, wenn interpretando ermittelt werden könne, welche individuell genau bestimmten Hypotheken abzutreten sind. Das könne aus den mündlichen Parteiberedungen bei Vertragsschluß entnommen werden. Es brauchen in der Urkunde weder die Hypothekengrundstücke, noch der Rang der Hypotheken angegeben zu sein. Vgl. O.L.G. Breslau in Seuffert Bd. 58 S. 182.

[2]) Doch ist gerade bei der Schenkung darauf hinzuweisen, daß die Verpflichtung im Sinne des B.G.B. § 313 auch in abstrakter Weise übernommen werden kann und gerade bei Schenkungen häufig sein wird, so daß alsdann es einer Hervorhebung der liberalen Absicht nicht bedarf.

Bezüglich des Illationsvertrags s. Düringer-Hachenburg § 350 Nr. III S. 302.

Gültigkeit keinen Eintrag, haben aber die Parteien bei Vertragschluß d. h. in der Urkunde über ein essentiale keine Bestimmung getroffen, so haben sie sich über dasselbe nicht gültig geeinigt. Denn die Einigung, die in ungültiger Form geschehen ist, steht der nicht erfolgten Einigung gleich. Über die Folgen später!

2. Da aber B.G.B. § 313 sich nicht bloß auf die wesentlichen Geschäftsbestandteile bezieht, so folgt daraus, daß alle Nebenberedungen, die zu dem obligatorischen Liegenschaftsveräußerungsvertrage als dem Hauptvertrage hinzutreten, in gerichtlicher oder notarieller Form abzugeben sind [1][2]). Unter Nebenberedungen sind solche Verabredungen zu verstehen, die den außerwesentlichen Inhalt des Geschäfts betreffen, die zu den natürlichen oder zufälligen Bestandteilen des Geschäfts gehören. Sie bilden in concreto keine selbständige Vertragsberedung, haben auch für sich allein keine Existenzmöglichkeit, sondern sind nur um der Hauptverpflichtung willen da, deren rechtliche Schicksale sie auch ganz und gar teilen. Sie sind Teile eines einheitlichen und unteilbaren Vertrages. Ganz gleichgültig ist, ob die Nebenberedung sich auf die Veräußerungsverpflichtung oder auf die Gegenleistung sich bezieht.

Zwischen den natürlichen und willkürlichen Nebenbestimmungen besteht bekanntlich insofern ein Unterschied, als die letzteren auf besonderer Parteiberedung im Einzelfall beruhen und daher stets in die Urkunde aufzunehmen sind, während die ersteren regelmäßig bei den einzelnen Vertragsarten durch abänderlichen Rechtssatz geregelt sind und insolange ohne weiteres gelten, als sie die Parteien nicht ausdrücklich ausschließen oder abändern. Im letzteren Falle bedarf also nur die Vereinbarung der Abänderung oder des Ausschlusses der natürlichen Bestandteile der Form.

Beispiele für zufällige Nebenberedungen, die, wenn sie einem Vertrage im Sinne des B.G.B. § 313 beigefügt sind, in die Urkunde aufgenommen werden müssen, ist die Vereinbarung des Ausschlusses der Anfechtung wegen Irrtums und Zwangs, ferner die Verabredung der Umdeutung, Festsetzung von Bedingungen oder Zeitbestimmungen, einer Draufgabe, einer Vertragsstrafe, eines vertragsmäßigen Rücktrittsrechts, sowie

---

[1]) Von den Nebenabreden sind zu unterscheiden Abreden, welche dem Inhalte der Urkunde widersprechen. Eck a. a. O.; Neumann I § 125 Nr. 2.

[2]) Kuhlenbeck, Handkommentar zum B.G.B. 2. Aufl. § 313 Bd. II S. 257; Krome II § 166 c. Anm. 41; Motive I S. 183; R.G. 2 S. 293, Bd. 16 S. 267; R.G. 51 S. 181, R.G. 52 S. 1—5, R.G. in J.W. 1902 Beil. S. 247 Nr. 145; O.L.G. Dresden und Königsberg in O.L.G. IV S. 207 und 208; Württemb. Archiv Bd. 11 S. 165; Bd. 12 S. 239.

der Eingehung der Verpflichtung, bei Eintritt oder Nichteintritt gewisser Tatumstände das veräußerte Grundstück zurückzuübertragen[1]), vor allen Dingen aber die Übernahme einer Garantie für das Vorhandensein gewisser Sacheigenschaften, worunter namentlich auch die Fläche des Grundstücks fällt[2]). Dahin gehören auch Nebenberedungen bezüglich einer Gegenleistung, so z. B. die Übernahme von persönlichen Schulden, die auf dem Grundstück sichergestellt sind, auf Anrechnung am Kaufpreis, ferner die Übernahme der Verpflichtung, einen Nießbrauch, eine Reallast oder bei Gutsübergabe einen Altenteil als Entgelt zu bestellen[3]), ferner die Übernahme einer Auflage bei der Schenkung, die Stundung des Kaufpreises, Festsetzung eines Leistungsortes, der Sicherung des Kaufpreises durch eine zu bestellende Hypothek, Festsetzung eines Kündigungstermines oder von Ratenzahlungen. Weiter gehörte hierhin die Übernahme weiterer als der essentiellen oder der sonst im Gesetze für gewöhnlich vorgesehenen Leistungen von seiten eines Kontrahenten.

Andererseits müssen, damit ihr Eintritt beseitigt wird, in der Urkunde wegbedungen oder abgeändert werden nachfolgende naturalia negotii, nämlich die Bestimmung des § 193 B.G.B., ferner die Bestimmung, daß die gewöhnlichen Verjährungsfristen abgekürzt oder (soweit zulässig) verlängert werden, die Vorschrift des B.G.B. § 244, das Verbot der Teilleistungen, Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts, die Vorschriften über die Vertretungspflicht von Schulden, die Befugnis zur Aufrechnung, sowie zur Abtretung der Forderungen, die Bestimmungen über die Eviktionspflicht des Verkäufers[4]), sowie die Beseitigungspflicht

---

[1]) Die Beredung, daß bei Eintritt einer Bedingung oder Befristung ipso iure das Grundeigentum auf den Veräußerer zurückfällt, ist ungültig, da die Auflassung nicht unter einer Bedingung oder Befristung erfolgen kann.

[2]) So ausführlich R.G. 52 S. 1—5. Keine vertragsmäßige Nebenberedung ist die einseitige Erklärung des Verkäufers über Eigenschaften des verkauften Grundstücks, die die Parteien aber nicht zum Vertragsbestandteil erheben. Solche Erklärungen sind selbstredend formlos.

R.G. in J.W. 1903 Beil. S. 124 Nr. 274; Krome II § 221 Anm. 23; Eccius, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 43 S. 309; anderer Ansicht Dernburg II 2 § 184 Nr. III, der behauptet, der Verkäufer sei auch an nur mündlich geleistete Garantieversprechen gebunden, jedoch ohne das näher zu begründen. Mit Recht betont Krome, daß gerade hierin der Hauptunterschied der Zusicherung von dem beim Vertragsschluß nur vorausgesetzten Gebrauch des Grundstücks z. B. als Fabrikgrundstück liege. Gegen Dernburg auch R.G. in J.W. 1902 S. 247 Beil. Nr. 145; R.G. in J.W. 1903 S. 124.

[3]) Dernburg III § 204 S. 563: R.G. 54 S. 107 ff.

[4]) R.G. 52 S. 275 und 276; ferner J.W. 1903 Beil. S. 124 Nr. 27. Dagegen ist es für die Kenntnis des Käufers von Rechten Dritter an dem Grundstücke nicht

von Hypotheken, Grund- und Rentenschulden, die auf dem Grundstück lasten, die Bestimmungen über den Zeitpunkt des Gefahrübergangs, über die Kaufskosten, namentlich der Kosten der Beurkundung, endlich die Bestimmungen über die gesetzliche Gewährleistungspflicht des Verkäufers z. B. die Beschränkung auf den Wandlungsanspruch.

Wenn eine dieser Nebenberedungen zwar mündlich vereinbart, aber in die betreffende Urkunde nicht aufgenommen ist, so ist sie als nicht getroffen anzusehen.

II. Keine Nebenberedungen bilden dagegen Vereinbarungen, die zwar gleichzeitig und in Konnexität mit dem Liegenschaftsveräußerungsvertrag eingegangen werden, die aber die Eigentumsübertragungspflicht und die Gegenleistung nicht unmittelbar betreffen, die also nicht bloße Bestandteile des Veräußerungsvertrages bilden, vielmehr selbständige Verträge sind[1]). Das gilt also auch dann, wenn die verschiedenen Verträge in wirtschaftlichem und rechtlichem Zusammenhang stehen, z. B. wenn sie Bestandteile eines zusammengesetzten Geschäftes sind. Dieser Fall liegt vor, wenn in einem Kaufvertrag mehrere Grundstücke verkauft werden, für jedes aber ein besonderer Kaufpreis festgesetzt ist (nicht aber, wenn ein Gesamtkaufpreis normiert ist). Das Hauptbeispiel bildet aber die vertragsmäßige Übertragung eines von einem Einzelkaufmann oder einer Handelsfirma betriebenen Handelsgeschäfts auf einen anderen Inhaber mit allen Aktiven und Passiven, worin keine Universalsukzession vielmehr eine Reihe von Einzelveräußerungen liegt[2]). Ferner kommt hier in Betracht die Auseinandersetzung einer Gemeinschaft, z. B. der Erbengemeinschaft, in der sowohl Nachlaßgrundstücke, als auch andere Gegenstände zur Verteilung gelangen, ferner ein Gesellschaftsvertrag, in welchem die Sozien einander gegenüber eine Reihe

erforderlich, daß diese Rechte in dem Vertrage ersichtlich gemacht sind. Für die Befreiung des Verkäufers von dem Eviktionsanspruch ist es vielmehr völlig gleichgültig, woher der Käufer Kenntnis von jenen Rechten bekam. Dasselbe gilt bezüglich der Kenntnis von Sachmängeln. Maßgebend für die Kenntnis von Rechts- und Sachmängeln im Sinne der §§ 439 und 460 B.G.B. ist der Moment des Vertragsschlusses, nicht die Zeit der mündlichen Verabredungen (Recht 1903 S. 16 Nr. 5), das gilt auch für eine etwaige Arglist des Verkäufers.

[1]) R.G. 51 S. 181; Württ. Archiv Bd. 12 S. 238 ff., Bd. 17 S. 351, wo mit Recht die neben dem Veräußerungsvertrage einer area vom Veräußerer abgeschlossene Zession der verfallenen Brandgelderentschädigung als selbständiger Vertrag bezeichnet wird.

[2]) Dernburg I § 100 Nr. III S. 304, II 2, § 80 S. 176 (Privatrecht); O.L.G. Hamburg in Seufferts Archiv Bd. 47 Nr. 213; Staub I § 22 Anm. 21; Makower I § 23 I d; Schollmeyer, Kommentar § 313 S. 165 und 166.

von Verpflichtungen übernehmen, unter anderem auch ein Grundstück einzulegen. In einem solchen Falle muß jeder einzelne Veräußerungsvertrag in der für ihn gesetzlich vorgeschriebenen Form eingegangen werden. Dagegen ist nicht der ganze (Auseinandersetzungs- oder Gesellschafts-)Vertrag der Form des B.G.B. § 313 unterworfen [1]). Allein für die Verpflichtung zur Grundübereignung bedarf es stets der Form, selbst wenn sie nur eine Nebenverpflichtung ist.

Nicht notwendig ist also, daß die mit dem Vertrage im Sinne des § 313 B.G.B. verbundenen Verträge auch in der Form jener Bestimmung eingegangen werden, wenn sie nicht bloß Nebenberedungen des Liegenschaftsvertrags sind. Das letztere ist aber nicht einmal dann der Fall, wenn die Veräußerung des Grundstücks die Hauptsache bildet, z. B. bei einer Gutsüberlassung. Auch hier genügt für die Verpflichtung zur Übereignung der Mobilien regelmäßig die mündliche Vereinbarung. Soweit auch diese anderen Verträge in der Formularkunde niedergelegt werden, ist die Form eine gewillkürte und es gelten hier auch die Vorschriften über die vertragsmäßig normierte Form, die aber hier nicht zu erörtern sind [2]).

III. Schließlich erhebt sich noch die Frage, ob auch die Änderungen, die bezüglich eines Vertrags im Sinne des B.G.B. § 313 von den Parteien vor oder nach Auflassung bezüglich irgendeines Punktes getroffen werden, ebenfalls der Form jener Bestimmung bedürfen.

Die Frage ist sowohl für die Essentialien, wie für die Nebenberedungen zu bejahen [3]). Es ist rechtlich unerheblich, ob ein Vertragsbestandteil von Anfang an oder später in bestimmter Weise formuliert wird. Muß jeder Vertragsbestandteil in der Formalurkunde enthalten sein, so müssen auch spätere Normierungen desselben formalisiert sein. Ganz gleichgültig ist es, ob die Zusätze neue Vertragsbedingungen, die zuvor nicht bestanden, in den Vertrag einführen oder ob durch dieselben anderweitige Stipulationen an Stelle der ursprünglichen gesetzt werden. Das gilt namentlich, wenn versprochen wird, ein anderes Grundstück an Stelle des zunächst stipulierten treten zu lassen. Ein Beispiel dieser Art liegt auch vor, wenn eines von mehreren Grundstücken, die zu einem Gesamtpreis verkauft sind, ausgeschaltet wird, ferner wenn eine räumlich begrenzte Fläche verkauft ist und diese nun vergrößert oder beschränkt wird. Das gleiche gilt, wenn der Kaufpreis anders normiert, wenn er

[1]) R.G. 51 S. 181; Düringer-Hachenburg § 350 Nr. III 2 S. 302.

[2]) O.L.G. Dresden in O.L.G. IV S. 207.

[3]) Neumann I § 125, 1 Abs. 2; O.L.G. Königsberg in O.L.G. 4 S. 208 und 6 S. 40; R.G. 51 S. 181 und in Gruchot 42 S. 1121; Seufferts Archiv Bd. 57 S. 391; O.L.G. Colmar in Sörgel, Rechtsprechung 1903 § 313 Nr. 1.

erhöht wird, wenn bezüglich des noch nicht verfallenen Kaufpreises andere Zahlungstermine festgelegt werden[1]), wenn der Leistungstermin bezüglich der Auflassung geändert wird[2]), wenn ein bisher noch nicht versprochenes Angeld zugesichert wird, eine Sicherheit abgeändert oder eine solche neu festgesetzt wird, überhaupt, wenn eine weitere Leistung von irgendeiner Seite versprochen wird. Ganz gleichgültig ist es, ob die abgeänderte Verbindlichkeit eine schärfere oder minder strengere ist, als die ursprüngliche. Daher ist auch die Aufhebung der gesamten Verbindlichkeiten einer Partei gegen Übernahme anderer von ihr zu erfüllenden Verpflichtungen hierhin zu rechnen[3]), falls nur nicht die gänzliche Beseitigung der Grundübereignungsverpflichtung stipuliert wird. Daß die letztere Vereinbarung formfrei ist, ist schon früher dargelegt. Werden gleichzeitig noch andere Bestandteile des Vertrags geändert, so liegt bezüglich ihrer keine Veranlassung zur Beobachtung der Form mehr vor.

Keinen Unterschied macht es, ob die Veräußerungsverpflichtung erfüllt oder noch nicht völlig erfüllt ist. Der Liegenschaftsveräußerungsvertrag muß auch dann formell abgeändert werden, wenn bereits die Grundübereignung erfolgt ist.

Dagegen liegt keine Änderung vor, wenn die Verbindlichkeit einer Partei ganz oder teilweise aufgehoben wird, ohne daß eine anderweite an die Stelle gesetzt wird[4]). Hier liegt ein Aufhebungsvertrag, ein Schulderlaß vor und ein solcher ist formfrei. Dahin gehört namentlich auch der teilweise Erlaß des Kaufpreises, ferner die Vereinbarung, durch die dem Veräußerer erlassen wird, eines von mehreren veräußerten Grundstücken zu übereignen, während der Kaufpreis der gleiche bleibt und dem Veräußerer auch nicht anderweite Verpflichtungen neu auferlegt werden. Das nämliche gilt auch, wenn der Vertrag gänzlich aufgehoben wird, alle gegenseitigen Rechte und Verpflichtungen erlöschen.

Häufig beruht übrigens die Abänderung eines solchen Vertrags auf einem Vergleich, der, wie oben gezeigt, regelmäßig formfrei ist, falls in ihm nicht eine selbständige Verpflichtung im Sinne des B.G.B. § 313 übernommen wird.

---

[1]) Keine Abänderung ist die Stundung des fälligen Kaufpreises. Sie ist ein selbständiges Rechtsgeschäft.

[2]) R.G. 51 S. 181 läßt die Frage offen.

[3]) Zu allgemein Dernburg I § 140 S. 422 ff., der behauptet, jede Abänderung, die eine Abschwächung der ursprünglichen Bedingungen enthalte, sei formfrei. Richtig O.L.G. Dresden in O.L.G. 4 S. 207.

[4]) Krome II § 195 Nr. 2; Dernburg, Privatrecht I § 140 S. 422ff.; O.L.G. Dresden in O.L.G. 4 S. 207.

§ 14.

Folgen der Nichtbeachtung der Form.

I. Schon oben wurde mehrfach betont, daß die Form des B.G.B. § 313 eine gesetzliche ist. B.G.B. § 125 erklärt nun ein der gesetzlichen Form ermangelndes Rechtsgeschäft für nichtig: ein solches erzeugt die gewollte rechtliche Wirkung nicht. Unrichtig wäre es, zu sagen, die Parteien hätten gar nichts vereinbart. Sie haben eine Vereinbarung getroffen, allein wegen des Formmangels bringt dieselbe nicht die von den Parteien beabsichtigten Folgen hervor [1]). Eine Nichtbeobachtung der Form liegt vor, wenn eine unter den § 313 B.G.B. fallende Vereinbarung mündlich oder privatschriftlich getroffen ist. Sie liegt ferner vor, wenn die für die gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorgeschriebenen Formen nicht eingehalten sind, insbesondere, wenn sie nicht vor dem unzuständigen Organ erfolgt ist, wenn das betreffende Organ in concreto nicht mitwirken darf, wenn das Protokoll nicht den Vorschriften des F.G.G. entspricht ꝛc. Es gilt dies namentlich auch dann, wenn die Urkundsperson absichtlich oder versehentlich bezüglich der abgegebenen Erklärung oder eines Teils derselben eine Beurkundung nicht vornimmt [2]). Bezieht sich der Formmangel auf den Vertrag seinem ganzen Umfange nach, haben z. B. die Kontrahenten alle in Betracht kommenden Verabredungen mündlich oder privatschriftlich getroffen, so liegt ein gültiger Vertrag nicht vor: keine Partei ist gebunden. Das gleiche gilt, wenn sie sich über ein essentiale negotii nicht formgültig geeinigt haben. (Danz § 17, 6 d.)

Wenn Nebenberedungen nicht in der erforderlichen Form erklärt sind, so ergibt sich hieraus noch nicht ohne weiteres die Nichtigkeit des ganzen Vertrags. Hier ist zunächst soviel zweifellos, daß die nicht beurkundeten Nebenabreden wegen Formfehlers nichtig sind [3]). Es liegt

---

[1]) Somit Recht Neumann I § 125, IV 3 a. Deswegen darf man den Fall der teilweisen Nichtigkeit auch nicht aus §§ 154 und 155 B.G.B., die sich lediglich auf den fehlenden Dissens der Vertragsparteien über einen Punkt beziehen, beurteilen, vielmehr muß dies aus B.G.B. § 139 geschehen (anders Eck, Vorträge S. 137; Planck I § 125 Nr. 4; Staub II § 350 Nr. III Anm. 49).

[2]) Brückner im Recht 1900 S. 343 ff.

[3]) Ungerechtfertigt ist die Ansicht M. Scheerers, Allgem. Teil des B.G.B. 1897 S. 124, daß die mündlichen Nebenabreden durch die sonst gewahrte Form gedeckt seien. Anders mit Recht Eck, Vorträge S. 137; Dernburg, Privatrecht I § 140 Nr. II S. 422; Schollmeyer, Kommentar § 313 S. 166; Düringer-Hachenburg Bd. II S. 17; R.G. in J.W. 1902 Beil. 247 Nr. 145; O.L.G. Dresden in O.L.G. 4 S. 207; O.L.G. Königsberg in O.L.G. 6 S. 43.

also ein Fall der teilweisen Nichtigkeit des Vertrages vor und die hierdurch entstandene Rechtslage bestimmt sich nach B.G.B. § 139. Es ist also regelmäßig davon auszugehen, daß wegen der Nichtigkeit der Nebenberedung der ganze Liegenschaftsveräußerungsvertrag nichtig ist. Doch ist der Vertrag dann gültig, wenn anzunehmen ist, daß das Geschäft ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Das ist also eine Ausnahme von der Regel der Nichtigkeit, die der darzutun hat, der in concreto die Gültigkeit des Vertrags trotz vorliegender teilweiser Nichtigkeit behauptet. Bezüglich der Frage, ob durch die teilweise Nichtigkeit eines Geschäfts dasselbe in seinem ganzen Umfang annulliert wird, ist der Parteiwille maßgebend[1]). Hätten die Parteien oder auch nur eine derselben ohne den ungültigen Bestandteil das Geschäft nicht abgeschlossen, so ist das ganze Geschäft nichtig[2]). Hat namentlich vor Abschluß des Geschäfts eine Partei erklärt, daß sie ohne die fragliche Bestimmung überhaupt nicht kontrahiere, so ist bei Formmangel dieses Punktes die ganze Liegenschaftsveräußerung nichtig. Liegt eine solche Parteierklärung nicht vor, so ist aus der konkreten Sachlage und den allgemeinen Verkehrsanschauungen heraus zu beurteilen, ob die Partei bei Geschäftsabschluß den Punkt als wesentlichen betrachten konnte oder nicht[3]). Ganz gleichgültig ist, ob bei Gelegenheit des Vertragsschlusses es für den Gegner erkennbar war, daß die Partei den Punkt als eine für sie wesentliche Vertragsbedingung ansah. Dagegen können bloße Erwägungen einer Partei, die sie bezüglich der fraglichen Bestimmung während der Verhandlungen gepflogen haben will, ohne ihnen Ausdruck zu verleihen, für die Beurteilung der Frage der Wesentlichkeit nicht in Betracht gezogen werden.

Stellt sich die nichtige Parteiberedung als eine unwesentliche dar, so wird dadurch die Gültigkeit des Vertrags nicht beeinträchtigt[4]). In-

---

[1]) So ist Nichtigkeit regelmäßig vorhanden bei formungültiger Verabredung der Vorausbezahlung, der Bestellung einer Kaufpreishypothek, der Ratenzahlung, eines Rücktrittsrechts, der Setzung einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung.

[2]) Krome I § 77 Nr. II; Dernburg, Privatrecht II § 119 Nr. I. Über die ganze Frage, namentlich die Regelung der Beweislast s. Kammergericht in O.L.G. 4 S. 211 und 212; R.G. in Bd. 52 S. 1ff.; in Bolze 7 S. 132 und 18 S. 145; Brückner a. a. O. Nr. 3; Deeg a. a. O. § 17 Nr. 6e.

[3]) O.L.G. Königsberg in O.L.G. 4 S. 208.

[4]) Diese Sätze gelten übrigens auch dann, wenn der wegen Formmangels nichtige Grundstücksveräußerungsvertrag Teil eines weitergehenden Vertrages ist, z. B. eines Gesellschaftsvertrags, laut dessen neben dem Grundstück noch andere Leistungen von den Sozien einzulegen sind, oder einer Nachlaßauseinandersetzung, in der eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Abrede über die Verteilung der Nachlaßgrund-

soweit die Gültigkeit des ganzen Vertrags durch die Nichtigkeit der Nebenabreden nicht in Frage gestellt wird, sind nur die letzteren nichtig und bezüglich ihrer ist der Vertrag aus den dispositiven Gesetzesvorschriften zu ergänzen[1]). So z. B. wenn die Beredung über den Erfüllungsort ungültig ist, finden die ergänzenden Vorschriften des § 269 des B.G.B. Anwendung. Wenn der Festsetzung über den Beginn des Zinslaufes aus dem Kaufschilling nichtig ist, so greift B.G.B. § 452 Platz. Ist die Vereinbarung bezüglich des Gerichtsstandes hinfällig, so finden die gesetzlichen Vorschriften der C.P.O. über denselben Anwendung. Falls ergänzende Rechtssätze nicht bestehen, kommt der Punkt ganz in Wegfall.

II. Aus dem wegen Formmangels nichtigen Vertrage kann vor allen Dingen nicht auf Erfüllung geklagt werden: es kann also weder die Auflassung und Übergabe der Grundstücke noch die Zahlung des Kaufpreises oder sonstige Nebenleistung des Veräußerers oder Erwerbers verlangt werden[2]). Ausgeschlossen sind auch die weiteren Ansprüche, die sich nach dem Gesetze bei der betreffenden Vertragsart ergeben: so kann aus einem mündlich abgeschlossenen Grundstückskauf, selbst wenn Besitzübergabe erfolgt ist, nicht auf Wandlung, Minderung oder Schadensersatz wegen vorhandener Sachmängel geklagt werden. Ebensowenig können diese Klagen aus einem nur mündlich gegebenen Garantieversprechen erhoben werden. Ebenso ist bei formungültigen Verträgen jeder Anspruch, der aus Rechtsmängeln, Unmöglichkeit der Erfüllung oder Leistungsverzug gegeben wäre, ausgeschlossen. Da der Richter die Nichtigkeit, die ihm im Laufe des Prozesses entgegentritt, von Amts wegen berücksichtigen muß, so muß er, selbst dann, wenn die Nichtigkeit von keiner Partei geltend gemacht wird, den Anspruch, der auf einen nichtigen Vertrag gestützt wird, abweisen.

Namentlich kann aus einem nichtigen Vertrage nicht auf Erfüllung der Form geklagt werden. Ganz abgesehen davon, daß man einen der Form ermangelnden Vertrag nicht ohne weiteres in einen Vorvertrag

---

stücke zugesagt ist. Ist, wovon regelmäßig auszugehen sein wird, die Verabredung bezüglich des Grundstücks, ein wesentlicher Vertragsbestandteil, so ist, wenn diese Bestimmung formungültig ist, der Vertrag seinem ganzen Umfange nach nichtig. Anders nur, wenn die Vereinbarung über die demnächstige Übereignung der Grundstücke unwesentlich ist. Turnau-Förster zu § 313 S. 322.

[1]) Vgl. Eck a. a. O.; Schollmeyer, Kommentar a. a. O.; Dernburg, Privatrecht a. a. O.

[2]) Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts 3. Aufl. Bd. III S. 151; Schollmeyer, Kommentar § 313 S. 165; Planck II § 313 Nr. 1; R.G. 43 S. 140, 50 S. 47; in J.W. 1902 S. 611 Nr. 25.

zu einem Formalvertrag umdeuten darf, bedürfte auch ein Vorvertrag der Form des B.G.B. § 313 [1]).

Ferner ist auch die Eintragung einer Vormerkung des Eigentumsanspruchs auf Grund eines nichtigen Vertrags ausgeschlossen: es darf der Richter auf Grund einer privatschriftlichen Urkunde nicht eine die Eintragung einer Vormerkung anordnende einstweilige Verfügung erlassen. Würde er aber eine einstweilige Verfügung dennoch erlassen, so wäre die Vormerkung nichtig: es würde das Grundbuch mit der wahren Rechtslage im Widerspruch stehen, so daß seine Berichtigung verlangt werden könnte. Ebensowenig darf der Richter einen Arrest zu Gunsten der Kaufgeldsforderung aus einem Grundstücksverkauf erlassen, wenn ihm nicht der formgerechte Abschluß eines solchen Vertrags glaubhaft gemacht wird [2]).

Ungültig sind weiterhin, wie bemerkt, Nebenleistungen, die auf einem formnichtigen Vertrage basieren, so vor allem Konventionalstrafen (gemäß § 344 B.G.B.), das Versprechen einer Draufgabe, Bürgschaften zu Gunsten des Grundstücksveräußerers oder Erstehers. Ist ferner für eine aus einem wegen Formmangels nichtigen Vertrage sich ergebende Forderung eine gewöhnliche oder eine Sicherungshypothek bestellt, so entsteht alsbald eine Eigentümerhypothek (B.G.B. § 1163) [3]).

Ungültig ist auch das Versprechen einer Konventialstrafe für den Fall, daß die Partei, die mit der anderen in nichtiger Form einen Vertrag im Sinne des § 313 B.G.B. abgeschlossen hat, demnächst ihre Mitwirkung zur formgemäßen Beurkundung des Vertrags versage [4]). Denn hierin liegt eine einem nichtigen Vorvertrage beigefügte Konventionalstrafe. Zudem bestimmt auch § 344 B.G.B. die Unwirksamkeit einer Konventionalstrafe, die mit Bezug auf einen nichtigen Hauptvertrag versprochen ist, und zwar selbst dann, wenn Parteien die Nichtigkeit des Hauptvertrages kannten [5]).

Hat einer der Kontrahenten auf Grund eines formnichtigen Grundübereignungsversprechens eine Leistung an den Gegner gemacht, z. B.

---

[1]) Stobbe a. a. O.; Windscheid, Pandekten II § 310 Anm. 3; Thöl, Handelsrecht 6. Aufl. Bd. I § 241; Düringer-Hachenburg Bd. II S. 20; R.G. 48 S. 186.

[2]) Regelsberger, Civilrechtliche Erörterungen Heft 1 S. 139; Planck II § 313 Nr. 1; Schollmeyer, Kommentar § 313 S. 165; R.G. 50 S. 163; R.G. 53 S. 236 und 260 ff.; in J.W. 1902 S. 611 Nr. 25 und 1903 S. 31 Nr. 5; Seufferts Archiv 25 Nr. 225. Unrichtig Seuffert 20 Nr. 221, 22 Nr. 127, 28 Nr. 214.

[3]) Neumann I § 1163 Nr. II 5 a, α.

[4]) R.G. in J.W. 1903 S. 32; Entsch. Bd. 53 S. 252.

[5]) R.G. in Juristenzeitung 1903 S. 31 Nr. 5; Dernburg, Privatrecht Bd. II 1 § 101 Nr. III, 1. l. 13 Dig. 19, 1; l. 61, l. 134 Dig. 451.

den Besitz des Grundstücks übergeben oder den Kaufpreis ganz oder teilweise bezahlt, so kann er die Leistung mit der Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückverlangen [1]). Die hier in Betracht kommende condictio ist entweder die condictio indebiti, wenn der Leistende in der Annahme, es liege für ihn eine rechtswirksame Verpflichtung vor, zahlte. Kannte er den Formmangel, so darf deshalb noch nicht § 814 B.G.B. zur Anwendung gelangen und ihm wegen Kenntnis des Mangels die Rückforderung versagt werden. Vielmehr liegt hier regelmäßig der Fall der condictio causa data, causa non secuta vor. Es ist davon auszugehen, daß bei Kenntnis der Nichtigkeit nur in der Erwartung geleistet werde, daß der Vertrag auf Grundlage des mündlichen Vertrags demnächst in rechtswirksamer Weise abgeschlossen werde oder durch Grundübereignung konvalesziere [2]). Ebenso ist die Erfüllung eines wegen Formmangels nichtigen Geschäfts weder eine sittliche Pflicht, noch auch durch den Anstand geboten [3]). Dieser Umstand allein ist für Anwendbarkeit des B.G.B. § 814 maßgebend. Dagegen kommt es bei dieser Bestimmung nicht darauf an, ob die Rückforderung unanständig ist oder der sittlichen Pflicht widerspricht. Das Gesetz schreibt aus rechtspolizeilichen Gründen für Liegenschaftsveräußerungen die Form vor und knüpft an ihre Nichteinhaltung die Wirkung der Nichtigkeit. Damit ist zugleich ausgesprochen, daß es nicht unanständig ist, wenn man aus diesem Grunde die Erfüllung verweigert.

Die erwähnten Sätze gelten auch, wenn von beiden Seiten eine Leistung erfolgt ist. Ausgeschlossen ist aber die condictio dann, wenn an den Ersteher das Grundstück aufgelassen und er demnächst als Eigentümer eingetragen worden ist. Denn in diesem Falle wird die Formnichtigkeit gemäß § 313, 2 B.G.B. geheilt und der ganze Vertrag gültig.

Gegenüber der Nichteinhaltung einer Formvorschrift versagt auch die Berufung auf Treu und Glauben. Wer sich an ein nichtiges, vom Gesetz reprobiertes Geschäft nicht gebunden erachtet, handelt darum nicht

---

[1]) Stobbe a. a. O.; Neumann I § 812 Nr. III, 1 a; O.L.G. Jena in O.L.G. 6 S. 228; Regelsberger a. a. O. l. 5 Cod. 5, 1; l. 7 § 2, l. 8 § 22 Dig. 2, 15; l. 23 Dig. 12, 6; l. 36 Cod. 8, 54; l. 4 und 5 Dig. 12, 7; l. 6 Dig. 24, 1; l. 22, l, 23, l. 24, l. 41 § 1, l. 57 Dig. 18, 1, l. 7 Dig. 19, 4.

[2]) So auch O.L.G. Colmar in Recht 7 S. 263; O.L.G. Kiel in O.L.G. 3 S. 209; Kammergericht in O.L.G. 4 S. 237; Seufferts Archiv Bd. 57 Nr. 219; R.G. in Juristenzeitung 1903 S. 31 Nr. 5; Neumann I § 814 Nr. I und § 812 Nr. 3 h.

[3]) Protokolle S. 2964; Planck II § 813 Anm. 2 und § 814; R.G. in Juristenzeitung 1903 S. 31 Nr. 5; O.L.G. Jena in O.L.G. 6 S. 228. Anders Staudinger § 814 Anm. 1 b.

arglistig und verhindert nicht wider Treu und Glauben die Erfüllung des Rechtsgeschäfts. Deswegen steht § 815 B.G.B. der condictio nicht im Wege [1]). Wer sich auf die Nichtigkeit des Vertrages beruft und so seine Vollziehung verhindert, ist daher auch dem Gegner nicht schadensersatzpflichtig [2]). Ja, er haftet nicht einmal auf das negative Vertragsinteresse, wenn der Gegenkontrahent vermögensrechtliche Maßnahmen nach Abschluß des formlosen Vertrags im Hinblick auf die demnächstige Beurkundung oder Erfüllung vorgenommen hat. Das B.G.B. hat keine allgemeine Vorschriften über die Haftung wegen culpa in contrahendo, sondern gibt nur in wenigen, genau normierten Fällen einen Anspruch aus diesem Tatbestand, zu denen aber der hier in Betracht kommende nicht gehört. Nur dann kann ein Kontrahent von dem anderen Schadensersatz verlangen, wenn letzterer sich bei Gelegenheit der Vertragsverhandlungen und des nichtigen Vertragsschlusses eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 B.G.B. hat zuschulden kommen lassen, insbesondere wenn er in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich dem anderen Schaden zufügt, so z. B., wenn jemand, der die Nichtigkeit formwidriger Verträge kennt, mit einem Rechtsunkundigen, der für sein Grundstück von einer Reihe ernstlicher Liebhaber günstige Angebote hat, einen mündlichen Vertrag abschließt, in der Absicht, den Abschluß eines für den Eigentümer günstigen Vertrags mit einem der Offerenten zu verhindern, und nachdem ihm dies gelungen ist, sich auf die Nichtigkeit des Vertrags beruft.

Anhang.

I. Von dem eben erörterten Falle des Formmangels wegen unterbliebener oder unvollständiger Beurkundung zu unterscheiden ist der Fall der unrichtigen Beurkundung.

Eine falsche Beurkundung liegt dann vor, wenn der beurkundende Beamte eine andere Erklärung in die Urkunde aufnimmt, als die Parteien oder eine derselben vor ihm erklärt haben [3]). Ist in einem solchen Falle nicht etwa das willkürlich von der Urkundsperson in die Urkunde Aufgenommene nach Verlesen des Protokolls von den Parteien genehmigt

[1]) R.G. in Juristenzeitung a. a. O.; R.G. 52 S. 1 ff. a. E.; Neumann I § 125 Nr. I, 1, der übrigens mit Recht hervorhebt, daß unter Umständen eine Partei Ersatz ihrer Aufwendungen aus den Regeln über den Auftrag verlangen kann, z. B., wenn er vom Gegner beauftragt war, einen Vertragsentwurf ausarbeiten zu lassen.

[2]) O.L.G. Colmar in Recht 1903 S. 236 Nr. 1235; Planck II § 823 Nr. 2 a a. E.; Dernburg, Privatrecht I § 130.

[3]) Schollmeyer, Kommentar zum B.G.B. § 313 S. 166.

worden und sollte die Erklärung der Genehmigung sich nachweisbar nicht auf eine solche von der Partei selbst nicht abgegebene Erklärung beziehen, so ist die gegenteilige Beurkundung bedeutungslos und nichtig [1]). Es handelt sich hier um eine Erklärung, die von der betreffenden Person vor der Urkundsperson nicht abgegeben und auch nicht gewollt ist. Da aber nur dann eine rechtlich erhebliche Willenserklärung einer Person vorliegt, wenn sie dieselbe so abgegeben hat, daß sie in der Außenwelt wahrnehmbar wird, und für eine Erklärung zu Protokoll einer Urkundsperson es erforderlich ist, daß die Erklärung vor und gegenüber der Urkundsperson tatsächlich abgegeben ist, so kann das, was eine Partei nicht als ihren Willen vor der Urkundsperson erklärt hat, was vielmehr die letztere wider den Willen des Erklärenden (sei es absichtlich oder unabsichtlich) in das Protokoll aufgenommen hat, auch nicht der Partei als ihre Erklärung aufgezwungen werden. Das Protokoll hat bezüglich des unrichtig Protokollierten also keine Wirkung.

Handelt es sich um eine *Nebenbestimmung*, die beide Parteien nicht treffen wollten, z. B. um eine dahingehende Verfallsklausel, daß, wenn eine Kaufpreisrate nicht rechtzeitig bezahlt werde, der ganze restliche Kaufpreis verfalle, so ist dieselbe einfach unbeachtlich und der übrige, den Parteiberedungen entsprechende Inhalt des Protokolls bleibt durchaus gültig.

Entspricht die Protokollierung wohl dem Willen *einer* Partei, *nicht aber dem der anderen* und hat letztere auch ihre Zustimmung zu dem falsch beurkundeten Punkte nicht geben wollen, so liegt, da die Protokollierung unrichtig ist, ein Dissens der Parteien (und zwar ein versteckter) vor. Es findet also § 155 B.G.B. Anwendung. Besteht über ein Essentiale oder über einen subjektiv wesentlichen Punkt zwischen den Parteien Dissens, so ist ein Vertrag überhaupt nicht zustande gekommen.

Ist endlich die Erklärung *beider* Parteien bezüglich eines *Essentiales* oder eines wesentlichen Punktes falsch beurkundet, so ist die Protokollierung, weil weder erklärt noch gewollt, wirkungslos. Wegen Formmangels nichtig ist aber auch das von den Parteien vor der Urkundsperson Erklärte, da es nicht protokolliert ist. Denn die Beurkundung ist ein wesentlicher Bestandteil der Form des § 313 B.G.B. [2]). Es ist also der ganze Vertrag hinfällig.

---

[1]) O.L.G. 2 S. 301; R.G. in J.W. 1901 S. 493; Brückner im Recht 1900 S. 344.

[2]) Schollmeyer a. a. O., der freilich etwas ungenau zwischen essentiale und accidentale unterscheidet; Dernburg I § 140 S. 423; Brückner a. a. O.

II. Ebenso verschieden von der unterbliebenen Beurkundung ist der Fall, daß die Parteien oder eine derselben eine Erklärung vor der Urkundsperson abgegeben und letztere sie auch beurkundet hat, der Erklärende (oder die Erklärenden) diese Erklärung aber nicht hat abgeben wollen, sich also Wille und Erklärung nicht decken. Hier liegt ein Fall der Divergenz zwischen Wille und Erklärung vor und es gelten die allgemeinen Regeln, die das B.G.B. für diesen Fall aufstellt [1]). Hier kommen vor allem die Fälle des Irrtums, der Simulation, der Dissimulation, des Scherzes in Betracht (vgl. B.G.B. §§ 116—121) [2]).

Hervorgehoben werden soll nur der Fall der Dissimulation, der dann vorliegt, wenn nach dem Willen der Parteien ein ernstlich gemeintes Geschäft (das dissimulierte) durch ein Scheingeschäft (simuliertes) verdeckt werden soll. Hierhin gehört der im täglichen Leben so oft vorkommende Tatbestand, das der Kaufpreis bei Grundstücksverkäufen niedriger angegeben wird, um Stempel- oder Steuerabgaben zu ersparen [3]). Hier verlangt das Gesetz, daß das Geschäft nach den für das dissimulierte Geschäft gegebenen Vorschriften zu beurteilen ist. Das versteckte Geschäft ist dann gültig, wenn es den für den Geschäftstypus gegebenen Vorschriften entspricht. Das bezieht sich auch auf die Formvorschriften. Das führt dann zu folgendem Ergebnis: Das zu Protokoll Erklärte ist nichtig, weil nur zum Schein abgegeben, das wirklich Vereinbarte ist ungültig, weil es nicht in der erforderlichen Form abgegeben ist. Bezieht sich die Simulation auf ein essentiale oder eine subjektiv wesentliche Beredung, so ist der ganze Vertrag nichtig [4]). Bezieht sie sich nur auf einen unerheblichen Punkt, so bleibt das Geschäft in Gültigkeit.

---

[1]) Danz § 17 Nr. 1, der mit Recht gegen die Anschauung ankämpft, als ob ein Formalgeschäft eine ganz besondere Festigkeit im Gegensatz zu den formlosen Rechtsgeschäften habe. Richtig Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts 5. Aufl. Bd. I § 99 S. 209; O. Fischer, Handausgabe des B.G.B. § 133 Nr. 3; Dernburg, Privatrecht I § 140 V a. E.

[2]) Danz § 17 S. 137; Brückner, Recht 1900 S. 134.

[3]) Schollmeyer a. a. O.; R.G. 390 S. 270; Seufferts Archiv Bd. 58 Nr. 96 S. 183, freilich mit nicht sehr klassischer Begründung. Unrichtig wäre es, in einer solchen Erklärung eine Nebenberedung zu erblicken. Vielmehr handelt es sich hier um eine Abrede, die dem Inhalt der Vertragsurkunde völlig zuwiderläuft, so daß der letztere als nicht gewollt erscheint. Unrichtigerweise sieht in einer solchen Beredung eine Nebenberedung Danz § 17 S. 126.

[4]) Dernburg, Privatrecht I § 142 Nr. III Anm. 11; Krome I § 93 i. E.; Danz § 17 S. 132; R.G. 15 S. 293, 17 S. 128, 22 S. 191, Bd. 27 S. 308; in Gruchot 31 S. 909.

Ebenso wie die Parteien bewußt etwas Nichtgewolltes erklären können, ist es möglich, daß beide übereinstimmend unbewußtermaßen, also irrtümlich etwas gegenüber der Urkundsperson erklären, was ihrem Willen nicht entspricht: z. B. sie erklären versehentlich, Käufer habe das Grundstück um 300 ℳ gekauft und Verkäufer gebe es um diesen Preis ab, während ihr Wille auf einen Kaufpreis von 300 Talern ging. Hier liegt ein beiderseitiger Irrtum der Kontrahenten vor und jeder ist berechtigt, den Vertrag wegen Irrtums im Sinne des § 119 B.G.B. anzufechten.

III. Die Heilung des Formmangels.

§ 15.

A. Bezüglich eines nichtigen Vertrages gilt im B.G.B. das Prinzip, daß weder durch Zeitablauf noch durch andere Umstände ein solcher Vertrag geheilt wird. Ein nichtiges Rechtsgeschäft kann prinzipiell nur durch die Bestätigung geheilt werden, welch letztere als Neuvornahme des Rechtsgeschäftes gilt. Bei Nichtigkeit des Grundstücksverkaufs wegen Formmangels muß die Bestätigung in der Form des B.G.B. § 313 vorgenommen werden. Da diese Bestätigung aber als Neuvornahme des Geschäfts gilt, so folgt daraus, daß ihr eine rückwirkende Kraft nicht innewohnt. Vielmehr wirkt das zunächst wegen Formmangels ungültige Veräußerungsgeschäft erst vom Augenblick seiner formell gültigen Bestätigung ab. Bemerkt sei noch, daß nach B.G.B. § 141 Abs. 2 die Parteien einander gegenüber verpflichtet sind, sich das zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang gültig gewesen wäre.

B. Das B.G.B. kennt aber noch eine weitere Form der Heilung bei den obligatorischen Grundstücksveräußerungsverträgen, nämlich die auf Grund der Vorschriften des B.G.B. § 313 S. 2 eintretende Heilung. Danach wird ein ohne Beobachtung der Form des B.G.B. § 313 S. 1 geschlossener Vertrag seinen ganzen Inhalt nach gültig, wenn die Auflassung und Eintragung ins Grundbuch erfolgt.

Diesen Heilungsgrund hat das B.G.B. aus dem preußischen E.E.G. übernommen, dessen § 10 eine der Vorschrift des § 313 S. 2 B.G.B. analoge Bestimmung enthielt. Diese Vorschrift ist, wie sich aus den Materialien des Gesetzbuches ergibt, lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen eingeführt worden. Dabei ging man von der Erwägung aus, daß die Auflassung und Eintragung in der Regel ein wohl überlegtes, alle Verhältnisse berücksichtigendes Handeln gewährleiste und ferner ein so wichtiges Rechtsinstitut, wie das Eigentum nicht 30 Jahre lang durch ein condictio gefährdet

sein dürfe[1]). Dem trat dann auch die Mehrheit der zweiten Kommission, in der sich allerdings auch Stimmen gegen die Vorschriften erhoben, auf Grund der angeführten Erwägungen bei, indem sie sich namentlich darauf berief, daß sämtliche Bundesregierungen, sowie eine Anzahl Berufsvereine und landwirtschaftliche Berufsvertretungen der Bestimmung beigepflichtet hätten[2]). Auch Angriffe, die in der Kommission des Reichstags gegen die Bestimmung erhoben wurden, wurden abgeschlagen[3]).

Es liegt ein heilender Rechtsakt vor, der im Gegensatz zu der Bestätigung von dem Willen der Parteien unabhängig ist. Die juristische Tatsache der Übereignung hat von sich aus heilende Wirkung. Die Auflassung und Eintragung ist eine selbständige rechtserzeugende Tatsache. Während die Bestätigung das Bewußtsein des vorgängigen Nichtvorhandenseins einer Verpflichtung voraussetzt und es daher nicht bloß erforderlich ist, daß der Bestätigende den Mangel des Rechtsgeschäfts kennt, sondern auch, daß er auf denselben verzichten will, tritt im Falle des B.G.B. § 313 S. 2 die Heilung auch dann ein, wenn die die Übereignung vollziehenden Parteien den Mangel gar nicht gekannt haben und daher nicht an Heilung dachten. Es kann daher ein Beteiligter den Vertrag auch dann nicht mehr angreifen, wenn er nachweist, daß er bei Kenntnis des Mangels bei der Übereignung nicht mitgewirkt hätte. Aus diesem Grunde dürfen für die Beurteilung der Heilung aus B.G.B. § 313 S. 2 die Bestimmungen über die Bestätigung, Genehmigung und Verzicht nicht einmal analag herangezogen werden.

Es liegt hier ein Fall der heilbaren Nichtigkeit vor, den das B.G.B. übrigens nur bei Verträgen, die wegen Formmangels nichtig sind, kennt.

I. Zunächst soll auf die die Heilung bringende Akte eingegangen werden, ehe die Wirkung derselben im einzelnen dargelegt wird.

1. Die Heilung des wegen Formmangels nichtigen Liegenschaftsveräußerungsvertrags erfolgt durch Auflassung des Grundstücks, dessen Übereignung in dem nichtigen Vertrag versprochen wurde, und durch Eintragung des Erwerbers als Eigentümer im Grundbuch. Einer dieser Akte für sich allein reicht zur Heilung noch nicht aus. Es genügt namentlich nicht die Auflassung allein oder die Umschreibung im Grundbuch allein, die etwa durch ein Versehen des Grundbuchbeamten erfolgt ist. In den letzteren Fällen kann also der bisherige Eigentümer den Einwand der

[1]) Motive II S. 191; Denkschrift S. 48.

[2]) Protokolle S. 928—931.

[3]) Reichstagskommissionsbericht der 9. Legislaturperiode IV. Session 1895 bis 1896 S. 62.

Nichtigkeit immer noch erheben und aus diesem Grunde einen Widerspruch im Grundbuch eintragen lassen. Anders wenn beide Parteien bei der Auflassung mitgewirkt haben und sich damit auch Eintragungsbewilligungen erteilt haben, die der Grundbuchordnung entsprechen. Hier gibt es für den Veräußerer und Erwerber keine Möglichkeit mehr, die Nichtigkeit geltend zu machen, da sie gemäß B.G.B. § 873 Abs. 2 an die Einigung gebunden sind und der Grundbuchbeamte verpflichtet ist, sobald die Bewilligung in Ordnung ist, die Eintragung vorzunehmen[1]). Für einen Widerspruch oder eine Vorbemerkung ist kein Platz, da der Veräußerer noch als Eigentümer eingetragen ist und es einen Widerspruch oder Vormerkung gegen das eigene Recht nicht gibt. Ebenso ist die condictio der Auflassung und Eigentumseintragungsbewilligung ausgeschlossen, da diese Handlungen allein die Vermögens- und Rechtsänderung noch nicht hervorbringen und eine condictio erst dann zulässig ist, wenn dem Vermögen des Gläubigers etwas ohne Grund entzogen ist.

2. Selbstredend muß die Übereignung des Grundstücks gültig sein. Sobald dieselbe, insbesondere der dingliche Vertrag nichtig ist[2]), so tritt die Heilung nicht ein[3]), ebensowenig, wenn der dingliche Vertrag mit Wirkung der Nichtigkeit, z. B. wegen Irrtums, Zwangs und Betrugs anfechtbar ist (im Sinne des B.G.B. § 142) und angefochten worden ist. Dagegen bleibt die heilende Wirkung, die in bezug auf den Formmangel eingetreten ist, bestehen, wenn die Eigentumsübertragung nur in obligatorischer Weise (z. B. auf Grund des Anfechtungs- und Konkursgesetzes) angefochten oder (z. B. auf Grund einer condictio) rückgängig gemacht wird. Ebensowenig schadet es der Heilung, wenn nach rechtsgültiger Auflassung die Eintragnng ins Grundbuch unter Verletzung der Vorschriften der Grundbuchordnung, die nur Sollvorschriften sind, erfolgt, da sich trotzdem der Eigentumsübergang vollzieht.

---

[1]) Das gilt auch in den Bundesstaaten, in welchen von der Bestimmung der G.O. § 98 Gebrauch gemacht ist. Nach dieser Bestimmung soll der Grundbuchbeamte jedoch die Auflassung verweigern, wenn ihm nicht die nach B.G.B. § 313 erforderliche Urkunde vorgelegt wird. Dagegen kann er, wenn er trotzdem die Auflassung vornahm, den Antrag auf Eintragung, der auf Grund formell gültiger Bewilligungen gestellt wird, nicht zurückweisen. Düringer-Hachenburg II S. 18.

[2]) Z. B. weil er von einem Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten, von einer Person, die nicht über das Grundstück zu verfügen berechtigt ist, ohne Zustimmung oder Genehmigung des Verfügungsberechtigten abgeschlossen würde, ferner weil der Vertrag gegen ein gesetzliches oder richterliches Veräußerungsverbot oder ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten verstößt, weil er simuliert ist ꝛc.

[3]) Planck II § 313; Neumann Bd. I § 313 Nr. 4 b; Schollmeyer, Kommentar II § 313 S. 167—168.

3. Aus dem Zwecke und Inhalt des § 313 Abs. 2 B.G.B. ergibt sich, daß Voraussetzung für die Heilung Identität des in dem obligatorischen Vertrage genannten und des übereigneten Grundstücks ist[1]). Notwendig ist ferner, daß die Übereignung bezüglich des ganzen veräußerten Grundstücks erfolgt. Wenn ein Grundstücksteil (z. B. der Hofraum) nicht mit übertragen ist, tritt keine Heilung ein[2]). Ferner genügt nicht, wenn die Eigentumsübertragung an einem Ersatzgrundstück, nicht dem in dem nichtigen Vertrage genannten Grundstück erfolgt ist[3]). Zweifelhafter als diese Frage ist die weitere, ob eine Heilung bezüglich einzelner Grundstücke eintritt, wenn eine mehrere Grundstücke enthaltende Gesamtfläche für einen ungeteilten Kaufpreis verkauft ist oder wenn in einem Kaufvertrag mehrere Grundstücke verkauft sind und für jedes Grundstück ein besonderer Preis festgesetzt ist. Hier ist zu unterscheiden. Wollten die Parteien zwei selbständige Verträge lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen miteinander in einer Urkunde verbinden, so werden diejenigen Verträge, bezüglich deren Übereignung erfolgte, geheilt, während die anderen ungültig bleiben[4]). Sind aber die Parteien davon ausgegangen, daß die Leistung eine einheitliche und unteilbare sein sollte, daß die mehreren Grundstücke als ein Gesamtkomplex verkauft oder gekauft werden sollten, gleichwie wenn es nur ein Grundstück wäre — und hiervon ist bei Stipulierung eines Gesamtpreises regelmäßig auszugehen —, so wird durch die Übereignung nur eines Grundstücks der Vertrag nicht einmal bezüglich der letzteren geheilt[5]). Bezüglich des Vertrages, durch welchen zwei Grundstücke gegeneinander vertauscht werden, ist hervorzuheben, daß hier der formungültige Vertrag nur konvaleszieren kann, wenn von beiden Seiten geleistet ist, wenn die Leistung von beiden Seiten erfolgte, also beide Grundstücke übereignet sind, da der Vertrag ein einheitlicher ist und an

---

[1]) O.L.G. Posen in O.L.G. 6 S. 43.

[2]) Schollmeyer, Kommentar § 313 S. 168.

[3]) O.L.G, Stettin in O.L.G. 3 S. 93.

[4]) Düringer-Hachenburg II S. 20; Turnau-Förster 2. Aufl. I S. 347; Schollmeyer § 313 S. 168; Krome II § 166 S. 163; R.G. Bd. 16 S. 267. Unrichtig O.L.G. Posen in O.L.G. 6 S. 43; Seufferts Archiv Bd. 58 N. 207; ferner Dernburg, Privatrecht II § 80 S. 176, der behauptet, daß wenn mehrere Grundstücke Gegenstand des Vertrags seien, die Übereignung eines derselben genüge, um den ganzen Vertrag zu heilen.

[5]) Turnau-Förster 2. Aufl. I § 313 Nr. 7b S. 324; Schollmeyer, Kommentar § 313 S. 168; Krome II § 166 Anm. 49; Brettner im Recht 1901 S. 488; R.G. in J.W. 1882 S. 277; O.L.G. Posen im Recht 1903 Nr. 461 Abs. 2. Im übrigen ist es Tatfrage, ob die Leistung als teilbare gedacht ist.

beiderseitiger Nichtigkeit krankt[1]). Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Tauschvertrag in Form zweier Kaufverträge, von denen der eine gültig, der andere formungültig ist. Hier wird der ganze Vertrag durch die Übereignung des Grundstücks geheilt, über welches der nichtige Vertrag geschlossen ist.

4. Die Heilung tritt nur dann ein, wenn das im Vertrage genannte Grundstück übereignet wird. Irrelevant ist eine falsche Bezeichnung des Grundstücks bei der Auflassung[2]), da hier eine falsa demonstratio vorliegt, die durch einfache Parteierklärung (Deklaration) jederzeit berichtigt werden kann. Wird der Erwerber bezüglich des Grundstücks, über das der nichtige Veräußerungsvertrag abgeschlossen worden ist, als Eigentümer eingetragen, so tritt trotz falscher Bezeichnung bei Gelegenheit der Auflassung Heilung des obligatorischen Vertrags ein. Dagegen steht die Eintragung nicht unter der Herrschaft des Parteiwillens und gelten für sie nicht die Auslegungsregeln, die für den Parteiwillen gelten (insbesondere nicht B.G.B. § 133), vielmehr wohnt der Eintragung genau der Sinn inne, den der Wortlaut wiedergibt. Die Eintragung kann nicht deklariert werden: sie muß vielmehr wiederholt werden. Die falsche Eintragung ist daher nichtig und bringt nicht die Wirkung des B.G.B. § 313 Abs. 2. Das gilt insbesondere auch dann, wenn der Grundbuchbeamte aus Versehen dem Käufer das Grundstück A statt des Grundstücks B zugeschrieben hat.

5. Erforderlich ist auch die Identität der Vertragsparteien. Wenn A mit B einen formungültigen Vertrag geschlossen hat, so wird derselbe selbstverständlich nicht durch Auflassung an X und dessen Eintragung als Eigentümer geheilt: und zwar selbst dann nicht, wenn X Bevollmächtigter des Käufers ist. Etwas anderes ist es, wenn auf seiten eines Kontrahenten eine Universalsukzession eintritt oder wenn der Veräußerer im Einverständnis mit dem ersten Erwerber das Grundstück einer Person übereignet, welches der erste Ersteher zu übertragen versprochen hat. Hier wird der ursprüngliche Vertrag geheilt und, wenn auch der fernere Vertrag wegen Formmangels nichtig war, auch dieser. Der Hauptfall eines derartigen Einverständnisses des Ersterwerbers ist die Zession, d. h. wenn der Ersterwerber seine Forderung aus dem obligatorischen Vertrag, soweit

---

[1]) Turnau-Förster 2. Aufl. I S. 347; R.G. in Reffow-Künzel Bd. 29 S. 388; Bd. 35 S. 911, in Gruchot Bd. 42 S. 928; R.G. 16 S. 268; Schollmeyer a. a. O. Unrichtig Dernburg, Privatrecht III § 89 Nr. 8.

[2]) Turnau-Förster a. a. O.; Neumann I § 133 Nr. 3; R.G. in Gruchot 29 S. 388; 35 S. 911; Schollmeyer a. a. O.

sie auf Eigentumsübertragung geht, an einen Dritten abgetreten hat. Weiter kommt der Fall in Betracht, daß der ursprüngliche Käufer das Grundstück weiter veräußert. Hier liegt — und das kommt zur Ersparung von Zeit und Kosten oft vor — in der im Einverständnis mit dem ursprünglichen Käufer vorgenommenen Übereignung eine doppelte Leistung. Denn einmal erfüllt der erste Veräußerer seine Eigentumsverschaffungspflicht gegenüber dem ersten Erwerber, gleich als ob er an ihn geleistet hätte und es wird der zwischen jenen abgeschlossene Vertrag gültig. Zugleich genügt hiedurch der zweite Veräußerer seiner Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums (B.G.B. § 362 Abs. 2) und erfüllt damit die von ihm zu erbringende Leistung. Es wird damit auch sein Vertrag geheilt. Ganz das gleiche gilt auch, wenn mehrere Abtretungen stattgefunden haben. Alle dazwischenliegenden Verträge werden gültig. Sonst regeln sich die Rechtsverhältnisse der verschiedenen Ersteher zu ihren Veräußerern nach dem zwischen ihnen und ihrem unmittelbaren Rechtsnachfolger abgeschlossenen Vertrage[1]). Zwischen dem ersten Verkäufer und dem letzten Käufer besteht nur dann ein Vertragsverhältnis, wenn die sämtlichen Verpflichtungen des ersten Verkäufers auf den letzten Käufer übergehen und die Verpflichtungen des ersten Käufers vom letzten Käufer übernommen werden.

Dagegen tritt eine derartige Konvaleszenz der dazwischenliegenden Verträge nicht ein, wenn das Grundstück von dem Eigentümer in formnichtiger Weise an einen Dritten verkauft wird und dieser, ohne daß Heilung erfolgt wäre, es seinerseits in formwidriger Weise weiterveräußert hat und nun ohne Einwilligung des ersten Käufers der erste Verkäufer dem letzten Käufer zu Eigentum überträgt. Denn der erste Verkäufer und der letzte Käufer, zwischen denen Rechtsbeziehungen nicht bestehen, können die dazwischenliegenden nicht zwingen, einen nichtigen Vertrag zu erfüllen und zu einem gültigen zu machen. Nur durch Zustimmung sämtlicher Zwischenberechtigten zur Übereignung an den letzten Käufer werden auch die dazwischenliegenden formungültigen Verträge geheilt. Es verlangt auch § 363 B.G.B. durch Hinweis auf B.G.B. § 185 eine derartige Genehmigung. Selbstredend ist sie im Falle der Zession nicht erforderlich[2]): denn hier liegt schon in der Abtretung das Einverständnis des Zedenten,

---

[1]) R.G. Bd. 31 S. 230; in Gruchot 27 S. 1031; in J.W. 1897 S. 99 Nr. 62.

[2]) Turnau-Förster I zu § 313 Nr. 7 S. 324; Oberneck § 54 S. 292; Neumann Bd. I § 313 Nr. 4c; Schollmeyer, Kommentar § 313 S. 169; R.G. 31 S. 230; in J.W. 1895 S. 214 Nr. 62; 1897 S. 298 Nr. 34; in Gruchot 27 S. 1029 ff.

daß an den Zessionar zu liefern sei. Außerdem ist der der Zession zugrunde liegende Kausalvertrag wegen Nichtigkeit der zedierten Forderung nicht hinfällig.

6. Wenn der Veräußerer zu weiteren Leistungen außer der Grundübereignung verpflichtet ist, so tritt die Heilung des Vertrages ein, gleichviel ob er auch die weiteren Verpflichtungen erfüllte oder nicht.

II. Die Wirkung der Übereignung des in dem nichtigen Vertrage bezeichneten Grundstücks ist die, daß der Vertrag völlig geheilt wird. Der Formmangel kommt in Zukunft nicht mehr in Betracht. Es kann also, wenn es sich um totale Nichtigkeit handelt, nunmehr von beiden Parteien auf Erfüllung aller aus dem Vertrage sich ergebenden Verpflichtungen geklagt werden.

1. Dadurch tritt der heilbar nichtige Vertrag in einen entschiedenen Gegensatz zu den sogenannten unklagbaren Ansprüchen, den Naturalobligationen, bei denen die Leistung zwar nicht erzwungen werden kann, jedoch wenn der nur naturaliter Verpflichtete sie erbringt, er sie unter keinen Umständen, auch nicht unter Berufung auf Irrtum mehr zurückfordern kann[1]). Während hier nur ein Teil der Rechtsfolgen, der im Wege der Klage nicht erzwungen werden kann, gebilligt wird, ist im Falle der heilbaren Nichtigkeit die Wirkung die, daß durch die Übereignung des an und für sich nicht geschuldeten Grundstücks der ganze Vertrag mit seinen sämtlichen Wirkungen gültig wird.

2. Die Heilung des nichtigen Geschäfts die B.G.B. § 313 Abs. 2 eintreten läßt, unterscheidet sich auch von der Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts. Die Anfechtung ist lediglich ein Recht des Anfechtungsberechtigten und es steht in seinem Ermessen, ob er hiervon Gebrauch machen will. Bis zur Anfechtung hin ist das Geschäft als ein gültiges aufzufassen und namentlich kann kein Dritter die Anfechtbarkeit geltend machen. Verzichtet der Berechtigte auf die Anfechtung oder, was dasselbe ist, bestätigt er das anfechtbare Rechtsgeschäft, so verliert es den letzten Mangel, der ihm anklebt.

3. Näher verwandt der heilbaren Nichtigkeit ist das negotium claudicans, das unfertige Rechtsgeschäft, bei dem noch ein Erfordernis der Gültigkeit fehlt[2]). Hier wird das Geschäft, sobald das fehlende Er-

---

[1]) Beispiele der Naturalobligation sind in B.G.B. §§ 222, 656, 762, 534, 1446, 1641 u. s. w. enthalten.

[2]) Z. B. bei Rechtsgeschäften von Personen, die in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, ohne Genehmigung des gesetzlichen Vertreters, bedingte Geschäfte vor Eintritt der Bedingung, Geschäfte ohne Zustimmung des Geschäftsherrn, des Ehemanns oder Vormundschaftsgerichts 2c.

fordernis hinzutritt, gültig. Das Geschäft ist hier noch in der Schwebe: es ist darauf abgelegt, daß das noch fehlende Erfordernis hinzutritt. Die Ungültigkeit ist hier noch nicht von Anfang an entschieden, vielmehr erwarten die Parteien selbst noch, daß das Geschäft gültig wird. Beim nichtigen Geschäft aber ist seine Unwirksamkeit von vornherein entschieden. Es ist nicht in der Schwebe, vielmehr ein totgeborenes Kind. Beim negotium claudicans treten nicht, wie beim regelmäßigen Geschäftsabschluß alle Erfordernisse gleichzeitig ein: sie liegen zeitlich auseinander und das Geschäft dehnt sich seiner Entstehung nach über eine gewisse Zeitdauer aus. Das nichtige Geschäft ist in dem Moment seiner Entstehung tot. Das Fehlen des Erfordernisses (z. B. der Form) entscheidet sofort seine Unwirksamkeit und es kann nicht späterhin so dazutreten, daß es zusammen mit den etwa früher vorhandenen Voraussetzungen ein gültiges Geschäft ausmacht. Vielmehr bedarf es hier einer Neuvornahme des ganzen Geschäfts. Prinzipiell bleibt also nach dem Wesen der Nichtigkeit das Tote tot. An diesem Ergebnis der Logik hält auch das B.G.B. fest: das ergibt sich aus § 141, der eine Bestätigung des nichtigen Geschäfts nur als eine Neuvornahme kennt. Allein das B.G.B. kennt eine Art Erweckung des toten Rechtsgeschäfts durch Eintritt eines neuen lebenserweckenden Ereignisses, das mit dem nichtigen Geschäft in keinem unmittelbaren Zusammenhang steht, das keine Voraussetzung und Bestandteil des ursprünglichen Geschäfts ist. Das ist die Übereignung: sie verleiht dem nichtigen Rechtsgeschäft das Leben, so daß erst mit dem Eintritt das heilende Ereignis zu leben beginnt. Also kann hier von einer Ergänzung eines unfertigen Geschäfts keine Rede sein.

Hieraus ergibt sich als notwendige, freilich im Gesetz nicht ausgesprochene Folge, daß die Heilung des § 313 S. 2 B.G.B. rückwirkende Kraft nicht besitzt: denn erst mit Vollendung der Übereignung gelangt der obligatorische Liegenschaftsveräußerungsvertrag zur Entstehung. Anders liegt es bei dem unvollendeten Geschäft. Die Geburt dieser Geschäfte beginnt mit Setzung der ersten Voraussetzungen und dauert solange, bis sämtliche Geschäftsvoraussetzungen eingetreten sind. Hier kann man zweifeln, ob man die Rechtswirkungen von dem Beginn des Entstehungsaktes ab oder erst mit dem Augenblick eintreten lassen soll, wo das Geschäft durch Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen perfekt wird. Hier ist eine positive Entscheidung des Gesetzgebers erforderlich: es hat dann auch das B.G.B. in den hier in Betracht kommenden Fällen positive Vorschriften gegeben (vgl. § 184 B.G.B.)[1]). Bei der Heilung war dies

[1]) Eugen Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht im B.G.B. S. 92.

nicht erforderlich, da hier aus dem Prinzipe das Gegenteil folgt. Allein auch, wenn man die letztere Ansicht nicht teilt, muß man dennoch zum Ausschluß der rückwirkenden Kraft der Heilung im Falle des B.G.B. § 313 gelangen. Einmal ist in allen Fällen der Unwirksamkeit (im allgemeinsten Sinne) es vom Gesetze ausdrücklich hervorgehoben, wenn dem das Rechtsgeschäft zum endgültigen Abschluß bringende Akte rückwirkende Kraft zukommen soll. Sodann legt das Gesetz demjenigen heilenden Akte, welcher der Heilung durch Erbringung der hauptsächlichsten Leistung am nächsten steht, nämlich der Bestätigung, ebenfalls keine rückwirkende Kraft bei. Endlich darf auch das historische Moment nicht übersehen werden. Schon im gemeinen Rechte wurde angenommen, daß die Heilung eines wegen Formmangels nichtigen Geschäfts keine rückwirkende Kraft habe[1]). An diesem Grundsatz hat auch die Judikatur der obersten Gerichtshöfe für den Fall des § 10 E.F.G., aus dem die hier in Betracht kommende Heilung entsprungen ist, festgehalten und ausgesprochen, daß die Heilung bei Liegenschaftsveräußerungsverträgen durch Grundübereignung der rückwirkenden Kraft entbehre[2]). Hätte das Gesetz an diesen Grundsätzen etwas ändern wollen, so hätte dieser entgegengesetzte Standpunkt in den Materialien oder in dem Gesetze selbst seinen Ausdruck gefunden. Alle diese Erwägungen führen zu dem Ergebnis, daß die Heilung des B.G.B. § 313 S. 2 keine rückwirkende Kraft besitzt[3]). Als Tag des Vertragsschlusses gilt somit nicht der Tag, an welchem der nichtige Abschluß vorgenommen wurde, vielmehr der Tag, an welchem die Übereignung sich vollzogen hat, mag das nun der Tag der Auflassung oder der Eintragung sein. Wird bei einem formell gültig abgeschlossenen Kauf eine Eigenschaft zugesichert, so kann der Käufer Anspruch auf Schadensersatz nur verlangen, wenn zur Zeit des Kaufabschlusses die zugesicherte Eigenschaft fehlte. Das gleiche gilt, wenn der Verkäufer den Fehler arglistig verschwiegen hat. War nun der Kauf formell ungültig und wird er erst durch spätere Grundübereignung geheilt, so haftet, auch wenn er die Sache

---

[1]) Windscheid, Pandekten I § 83; Dernburg, Pandekten 2. Aufl. I § 84 S. 194 a. E. und § 122 S. 286; Wendt, Pandekten § 59 S. 160; R.G. 10 S. 72; R.G. 27 S. 163; Bayrisches oberstes Landesgericht Bd. 45 Nr. 238 l. 25 Cod. 5, 16.

[2]) Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen preußischen Privatrechts S. 469 Anm. 67; R.G. in Gruchot Bd. 29 S. 388. Anders Behrend in Gruchot Bd. 31 S. 457; Dernburg, Preußisches Privatrecht I § 98 Anm.

[3]) Dernburg, Privatrecht I § 116 Nr. VI S. 350; Düringer-Hachenburg, Bd. II S. 18; Planck II § 313; Oberneck S. 303; Turnau-Förster I S. 320 zu § 313. Anders Schollmeyer, Kommentar § 313 Nr. 3 S. 169; Eck-Leonhard, Vorträge S. 269 Anm.

schon vorher zu Besitz übertragen hatte, der Verkäufer wegen der Fehler, welche zwischen dem Abschluß des nichtigen Vertrages und der Auflassung durch Zufall eingetreten sind, auf Schadensersatz. Ebenso, wenn er vor der Übereignung von einem Fehler Kenntnis erlangt und diesen bei der Übereignung dem Käufer arglistig verschweigt. Anderseits aber richtet sich bei nichtigen Verträgen die eine Haftung des Verkäufers wegen Gewährsmängel ausschließende Kenntnis des Käufers bezüglich eines vorhandenen Mangels nach der Zeit des Eigentumsübergangs. Kannte er den Mangel bei Abschluß des nichtigen Vertrags nicht, wohl aber im Augenblick der Auflassung, so ist der Verkäufer gemäß B.G.B. § 460 von jeder Haftung frei. Besonders wichtig aber ist dieser Umstand für die Beurteilung der Frage, ob dem Käufer Sachmängel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sind. Denn hier wird, falls nicht eine Garantie vorliegt, der nicht dolose Verkäufer wegen Gewährsmängel haftfrei. Eine grobe Fahrlässigkeit wird regelmäßig vorliegen, wenn dem Käufer auf Grund des nichtigen Vertrags die Sache übergeben war, er aber bis zur Heilung jede Untersuchung unterlassen hat. Von ebensolcher Bedeutung ist aber die Tatsache der Nichtrückwirkung der Heilung in bezug auf den Lauf der Verjährungs- und Präklusivfristen. Sie beginnen erst von dem Augenblick zu laufen, wo der Anspruch entsteht oder die Willenserklärung rechtswirksam wird, im Falle des B.G.B. § 313 Abs. 2 also erst von der Übereignung ab. Insbesondere gilt das auch für die kurzen Verjährungsfristen der Gewährleistungsansprüche und -einreden. Bei Grundstücken beginnt an und für sich hier die einjährige Verjährungsfrist von der Übergabe des Grundstückes ab zu laufen (B.G.B. § 477). Allein sowohl nach B.G.B., wie nach gemeinem Recht, läuft die Verjährung erst von der actio nata ab und somit kann im Falle der formellen Nichtigkeit auch die Gewährleistungsverjährung erst mit der Übereignung des Grundstücks zu laufen beginnen, auch wenn die Übergabe noch so lange Zeit vor diesem Akte erfolgte[1]). Das gleiche gilt für die anderen in Betracht kommenden Verjährungen. Doch kann bei allen Verjährungen die Verjährung durch Parteiberedung erleichtert werden: insbesondere ist eine Abkürzung der Verjährungsfrist zulässig (B.G.B. § 225). Es können die Parteien daher bei Gelegenheit der Heilung gültigerweise vereinbaren, daß die Verjährungsfrist um die vom Momente der Übergabe, die auf Grund des formungültigen Vertrages erfolgte, ab bis zur

[1]) Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen preußischen Privatrechts S. 469 Anm. 67; Düringer-Hachenburg S. 18; Turnau-Förster I S. 320 zu § 313. Anders Behrend in Gruchot Bd. 31 S. 457; Schollmeyer, Kommentar § 313.

Übereignung hin abgelaufene Zeit gekürzt werden solle. Es kann sich sogar aus dem Sachverhalt ergeben, daß diese Vereinbarung stillschweigend getroffen worden ist, insbesondere wenn bei der Übereignung sich beide Parteien der Nichtigkeit des obligatorischen Grundvertrags bewußt waren. Auch diese Vereinbarung der Abkürzung der Verjährungszeit würde dann von der Heilung ergriffen.

Aus der Nichtrückwirkung der Heilung folgt weiter, daß alle Rechtsakte, die in der Zwischenzeit bezüglich der nichtigen Forderung vorgenommen wurden, trotz eingetretener Heilung nichtig bleiben, insbesondere eine Pfändung oder Verpfändung der Forderung, ebenso eine Aufrechnung mit derselben[1]). Von der Zession war oben schon die Rede.

III. Um schließlich zu den Wirkungen der Heilung im einzelnen überzugehen, so bestimmt B.G.B. § 313 S. 2, daß der nichtige Vertrag durch die Übereignung „seinem ganzen Inhalt nach" gültig werde. Mit diesen Worten soll gesagt werden, daß der ganze Vertrag, auch insoweit er formnichtig ist, geheilt werde. War der Vertrag vollständig formlos abgeschlossen, so wird der gesamte Inhalt desselben gültig. War er nur teilweise in ungültiger Form abgeschlossen, so wird der formell nichtige Teil neben dem formgültigen Inhalt existent. Es sagen auch die Motive I S. 191 ausdrücklich, daß durch diese Fassung der Entwurf klarstellen wolle, daß mit der Grundübereignung der obligatorische Vertrag, so wie er zur Zeit der Auflassung unter den Kontrahenten bestehe, nach seinem ganzen Inhalt Gültigkeit erlange, womit viele Streitigkeiten, namentlich über die Gültigkeit von Nebenabreden, beseitigt werden.

1. Für den Inhalt des Vertrags ist also lediglich der Parteiwille entscheidend und zwar, wie solcher zu der Zeit bestand, als die Parteien freiwillig die Übereignung vollzogen. Maßgebend ist für den Vertragsinhalt der Punkt der Eigentumsübertragung, in welchem die Kontrahenten zu letzterem Akte durch ihre Willensentschlüsse mitwirken. Hierdurch geben sie den Willen kund, dasjenige zu erfüllen, was sie miteinander verabredet haben. Es kommen also nur die Momente der Übereignung für die Bestimmung des Vertragsinhalts in Betracht, die eine Willensäußerung der Parteien enthalten und aus denen daher Schlüsse auf die Willensrichtung derselben gezogen werden können. Ausschlaggebend für den Inhalt des obligatorischen Vertrages ist daher der Augenblick der Auflassung, nicht aber der der Eintragung, welch letztere ein vom Willen der Kontrahenten völlig unabhängiger Moment ist[2]). Dazu kommt, daß

[1]) Düringer-Hachenburg II S. 18.

[2]) Turnau-Förster I S. 325 § 313 Nr. 9.

wenn zwei Rechtsakten zusammen, wie hier der Auflassung und Eintragung die Macht beigelegt wird, einen Rechtseffekt, wie die Heilung eines ungültigen Vertrags herbeizuführen, der Vertrag in dem Augenblick abgeschlossen vorliegen muß, wo der erste der Rechtsakte ins Leben tritt. Einer dieser Rechtsakte allein genügt nicht die Heilung herbeizuführen, vielmehr sanktionieren nur beide Akte zusammen den ungültigen Vertrag. Daher müssen die zu heilenden Beredungen schon in dem Augenblicke vorliegen, wo die Heilung anfängt: das ist aber die Auflassung. Dieser Augenblick entscheidet darüber, welche formungültigen Vereinbarungen geheilt werden und welche nicht.

a) Daher werden nicht geheilt die Abmachungen, die nach erfolgter Auflassung und Eintragung in bezug auf den obligatorischen Veräußerungsvertrag getroffen werden. Solche nachträglichen Abänderungen bedürfen der Form des § 313 B.G.B. Ist diese nicht eingehalten, so ist eine Heilung nicht möglich. Der Bestand des gültig gewordenen Vertrags wird durch nachträglich in ungültiger Form getroffenen Vereinbarungen nicht berührt[1]).

b) Dasselbe gilt auch für Vereinbarungen, die zwischen Auflassung und Eintragung getroffen werden. Auch sie bedürfen, wenn durch sie das bis zur Auflassung hin (wenn auch in ungültiger Form) Verabredete abgeändert werden soll, der Form des B.G.B. § 313. Sonst ist die spätere Vereinbarung unheilbar nichtig[2]).

2. „Das Verhältnis ist also so zu beurteilen, wie wenn mit der Auflassung das gesamte zu dieser Zeit unter den Parteien bestehende obligatorische Verhältnis, das sich auf die Übereignung des Grundstücks bezieht, in der vorgeschriebenen Form beurkundet wäre." (Planck.)

a) Gültig werden daher alle formnichtigen Beredungen, welche bis zum Moment der Auflassung hin zwischen den Parteien getroffen worden sind. Es fällt hierunter einmal der Fall, daß von Anfang an der ganze Vertrag oder Teile desselben formnichtig getroffen worden sind. Geheilt werden spätere formwidrige Zusätze oder Abänderungen des ursprünglichen Vertrags, mag dieser zunächst in gültiger Form geschlossen sein oder nicht[3]), so z. B. Hinaufsetzung des Kaufpreises.

---

[1]) Turnau-Förster I § 313 Nr. 9 S. 325.

[2]) Turnau-Förster a. a. O.; Schollmeyer § 313 e; Planck III § 313; Motive I S. 191.

[3]) Planck II § 313 Nr. 3; Turnau-Förster I § 313 Nr. 1 S. 321; O.L.G. Königsberg in O.L.G. 4 S. 208.

b) Die Heilung bezieht sich nicht bloß auf die Essentialien des obligatorischen Vertrags, sondern auch auf alle anderen Bestandteile[1]), also nicht bloß auf die Verpflichtung zur Grundübereignung, sondern auch auf die hierfür zu erbringenden Gegenleistungen, wie die Verpflichtung zu Zahlung des Kaufpreises[2]), die Auflage bei einer Schenkung ꝛc. War der ganze Vertrag formungültig abgeschlossen worden, so wird der ganze Inhalt der nichtigen Beredung gültig, ebenso wenn sie nur bezüglich eines Essentiales formwidrig geschlossen war. Dies ist bezüglich der dissimulierten Verträge von Wichtigkeit. Hier wird meist die wirkliche Parteiabrede formlos getroffen und ist daher nichtig: es tritt hier durch die Heilung das Essentiale in Wirksamkeit so, wie es die Kontrahenten tatsächlich vereinbart und gewollt haben; also ist in dem früher gewählten Beispiel der dissimulierte Kaufpreis zu bezahlen[1]).

Gültig werden aber auch Abreden, welche Nebenpunkte, Naturalien und Akzidentalien betreffen, insbesondere Nebenberedungen[2]), welche neben der formgültigen Urkunde getroffen worden sind, gleichgültig, ob sie eine Leistung der das Grundstück veräußernden Partei oder des Gegenkontrahenten betreffen, wie z. B. Garantieleistungen in bezug auf Sacheigenschaften (wozu auch die Erträgnisse des Grundstücks gehören), ferner Versprechen einer Kaufgeldshypothek ꝛc. War der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag nur Bestandteil eines umfassenderen Vertragsverhältnisses und war dieses mit Rücksicht auf die Formnichtigkeit des ersteren Vertrags in Hinblick auf B.G.B. § 139 in seiner Totalität nichtig, so wird durch Heilung des nichtigen Teils nunmehr der Gesamtvertrag gültig. Es wird also durch die Grundübereignung ein Gesellschaftsvertrag gültig, in welchem ein Sozius in privatschriftlicher Form die Einlegung eines Grundstücks zugesagt hatte[3]).

c) Notwendig ist aber bezüglich aller formnichtigen Stipulationen, insbesondere auch der Nebenabreden, daß zur Zeit der Auflassung bezüglich ihrer noch Willensübereinstimmung aller Paziszenten besteht[4]). Ist das nicht der Fall, so wird die betreffende Beredung auch nicht geheilt. Nur insoweit als der Vertrag oder die einzelne Bestimmung in gültiger

---

[1]) Schollmeyer a. a. O. Nr. 9.

[2]) Planck II § 313 Nr. 3; Neumann I § 313 Nr. 4d; Schollmeyer a. a. O.; Eck-Leonhard S. 296 Anm. 2; Krome II § 166 Anm. 41; Behrend in Gruchot 31 S. 457; Turnau-Förster I § 313 S. 320; R.G. 2 S. 293 und 16 S. 267; O.L.G. Königsberg in O.L.G. 6 S. 40.

[3]) Turnau-Förster I zu § 313 S. 323.

[4]) R.G. 52 S. 4 und 5; R.G. 54 S. 109; O.L.G. Karlsruhe in Sörgel 1903 § 313 Nr. 7; O.L.G. Dresden daselbst Nr. 7.

Weise abgeschlossen wurde, sind beide Parteien obligatorisch gebunden. Daher kann jede Partei vor der Auflassung einseitig von einer formungültigen Vereinbarung abgehen und dem Gegner erklären, daß sie wegen Nichtigkeit der betreffenden Bestimmung sich nicht mehr an dieselbe gebunden erachte [1]). Wirkt der andere Teil trotz dieser Erklärung seines Partners bei der Auflassung und Eintragung mit, so liegt darin selbstredend ein Verzicht auf die Durchführung jener Bestimmung [2]). Wenn es sich aber um eine für ihn wesentliche Bestimmung handelt, so ist er in der Lage sie wenigstens indirekt zu erzwingen. Wird vor Auflassung von dem Verpflichteten die Ungültigkeit einer subjektiv wesentlichen Bestimmung wegen Formmangels erklärt, so kann der Gegner mit Hinweis auf B.G.B. § 139 seinerseits wegen Nichtigkeit des Vertrags seine Mitwirkung an der Auflassung verweigern. Insbesondere muß er einer auf Übereignung des Grundstücks oder Zahlung des Kaufpreis gerichteten Klage gegenüber, falls vor Klageerhebung oder im Laufe des Prozesses der Gegner die Formnichtigkeit einer Vereinbarung geltend macht, die exceptio nullitatis gegenüber dem ganzen Vortrag erheben. Tut er das nicht und wird er zur Mitwirkung, zur Übereignung verurteilt, so kann er trotz erfolgter Eintragung und Auflassung nicht geltend machen, daß die Beredung, bezüglich deren der Gegner erklärt hatte, er erachte sich wegen Nichtigkeit derselben auf Grund Formmangels an sie nicht mehr gebunden, geheilt sei.

Dagegen kann er die Erfüllung einer nichtigen Bestimmung nicht dadurch erzwingen, daß er sie im Wege der Widerklage oder einer Retentionseinrede geltend macht, weil sie ungültig und unklagbar ist. Es kann der Gegner in jedem Stadium des Prozesses die Nichtigkeit geltend machen [3]).

Allein auf der anderen Seite erfordert es Treu und Glauben, daß derjenige, welcher sich auf die Nichtigkeit einer Beredung beruft und daher ihre Erfüllung verweigert, dies bis zur Auflassung hin tut. Der Übereignung ist nur deshalb heilende Kraft beigelegt, weil sie bei den Grundstücksveräußerungsverträgen die hauptsächlichste Erfüllungshandlung enthält. Wirkt nun eine Partei vorbehaltlos bei der Erfüllung einer an sich nichtigen Verpflichtung mit, so muß der andere Teil, davon ausgehen, daß der Gegner beabsichtige auch seinerseits alles das zu gewähren, was er zugesagt hat. Will er eine Verpflichtung wegen ihrer Nichtigkeit nicht

[1]) R.G. 54 S. 109; Turnau-Förster S. 321 und 322 zu § 313 Nr. 2; O.L.G. Dresden in Recht 1903 S. 263; ferner R.G. in Recht 1904 S. 136 Nr. 586.

[2]) R.G. 54 S. 109.

[3]) R.G. 52 S. 4 und 5; R.G. 54 S. 109; Seufferts Archiv Bd. 58 S. 5.

erfüllen, so muß er das in dem Augenblick, wo er an dem heilenden Rechtsakt mitwirkt, dies erklären. Bei einer Grundstücksübereignung wirken aber die Parteien lediglich an der Auflassung durch Willenserklärungen mit und deshalb müssen sie bei dieser Gelegenheit spätestens erklären, ob sie von der wegen Formmangels ungültigen Erklärung abgehen wollen oder nicht[1]).

d) Besteht also bezüglich eines Vertragspunktes zur Zeit der Auflassung noch Einigkeit, so müssen ihn die Parteien, obschon er ungültig, z. B. nur mündlich oder sogar nur stillschweigend vereinbart wurde, erfüllen. So sind sie z. B. an formlos gegebene Garantieversprechen gebunden. War nur privatschriftlich vereinbart, daß die Zinsen aus dem Kaufpreis vom Tage des Kaufabschlusses zu laufen beginnen sollten oder dem Käufer von diesem Tage ab die Erträgnisse des Grundstücks zustehen sollten, daß ferner von diesem Tage ab die Gefahr auf den Käufer übergehen oder er von diesem Tage ab die Lasten tragen sollte, so ist der Tag maßgebend, an welchem die Parteien sich, wenn auch nur formungültig, geeinigt haben. Sind einzelne Momente durch Vereinbarung nicht geregelt, so bestimmen sich die Rechte und Pflichten der Parteien nach den für jeden Vertragstypus in dieser Richtung gegebenen dispositiven Gesetzesbestimmungen, wobei als Moment des Vertragsschlusses nach dem Parteiwillen der Augenblick anzusehen sein wird, in welchem die formlose Vereinbarung zustande kam, beziehungsweise der wegen Formmangels teilweise nichtige Vertrag. Etwas ungenau drückt sich Planck dahin aus, daß die Vorschriften des B.G.B. § 141 entsprechend Anwendung finde[2]). Es ist in dieser Gesetzesstelle lediglich von der Bestätigung die Rede, welche in einer erneuten Vornahme des Rechtsgeschäfts besteht. Hier sollen die Parteien in dem Bestätigungsvertrage einander das gewähren, was sie sich auf Grund des ursprünglichen Vertrags zu prästieren haben, und ferner ist auch der Bestätigungsvertrag, insoweit sein Inhalt dies nicht ausschließt, dahin auszulegen, daß die Parteien sich in demselben das gewähren wollen, was sie auf Grund des ursprünglichen, aber nichtigen Vertrags einander zu leisten hatten. Im Falle des B.G.B. § 313 S. 2 gewinnen die ursprünglich nichtigen Vertragsberedungen, ohne daß ein neuer Vertrag abgeschlossen wird, Gültigkeit: damit werden von selbst

---

[1]) R.G. 54 S. 109; Planck II § 313; Turnau-Förster I S. 322 zu § 313 Nr. 2.

[2]) Planck II § 313 Nr. 3 und Düringer-Hachenburg Bd. II Einleitung. Unbestimmt Turnau-Förster I S. 320 zu § 313 Nr. III. Richtig Schollmeyer II § 313 Nr. 3 S. 169.

die Verpflichtungen geschaffen, die die Parteien von Anfang an eingehen wollten. Es müssen daher die Parteien einander das gewähren, wozu sie sich von Anfang an oder auf Grund späterer Abänderungen und Zusätze verpflichtet haben. Sie müssen sich also nicht bloß in dubio, sondern unter allen Umständen das zukommen lassen, was sie in dem nichtigen Vertrage einander versprochen haben.

3. Da mit der Heilung der Vertrag vollständig gültig wird, so kann vom Momente der Heilung ab dasjenige, was sie einander auf Grund des formungültigen Vertrags geleistet haben, nicht mehr kondiziert werden. Ebenso ist jede Partei berechtigt, gerichtlich die von der Gegenpartei übernommenen Verpflichtungen geltend zu machen[1]). Das gilt nicht nur bezüglich der Hauptverpflichtungen, sondern auch bezüglich der Nebenabreden, und ferner sowohl bezüglich der Ansprüche des Erstehers, wie der des Veräußerers des Grundstücks. Der letztere kann auf Bezahlung oder Sicherstellung des Kaufpreises, sowie auf Zinsen aus demselben klagen, während der Käufer die Ansprüche aus Rechts- und Sachmängeln geltend machen kann[2]).

4. Wer Rechte aus einem völlig formlosen, aber geheilten Vertrage herleitet, muß dessen Zustandekommen und seinen Inhalt im Prozesse beweisen. Die Beweispflicht liegt hier genau so, wie bei jedem formlosen Vertrage derselben Vertragsgattung. Ist aber eine Formalurkunde aufgenommen, so trifft den, der von dieser abweichende Vereinbarungen behauptet, die Beweislast. Handelt es sich um Zusätze, die neben der Urkunde bestehen können, die also ergänzender Natur sind, so hat der, welcher aus ihnen Rechte herleitet, seiner Beweislast genügt, wenn er ihr Zustandekommen dartut, während der Gegner zu beweisen hat, daß die Vereinbarung vor Auflassung durch einseitige Parteierklärung oder durch Vereinbarung rückgängig gemacht sei[3]). Ebenso liegt die Beweislast bezüglich späterer Abänderungen, die von dem ursprünglichen Vertrage, mag er formgültig oder formungültig abgeschlossen sein, abweichen, aber von der Heilung mitbetroffen worden sind. Jedoch muß von demjenigen, der sich auf Änderungen stützt, auch der Inhalt derselben dargetan werden[4]). Wird endlich die Behauptung aufgestellt, die Parteien hätten etwas anderes

[1]) Turnau-Förster I § 313 S. 320 und 322.

[2]) Tritt die Heilung erst durante lite ein und gibt der Beklagte alsdann seiner Verpflichtung sofort statt, so trifft ihn eine Kostenverpflichtung nicht, auch wenn er vorher den Anspruch bestritten hat. O.L.G. Königsberg in O.L.G. IV S. 208.

[3]) R.G. Gruchot 33 S. 434.

[4]) Turnau-Förster I S. 321 zu § 313.

verabredet, als was in der Urkunde niedergelegt ist, also eine Abweichung des Willens von der Erklärung geltend gemacht wird, so muß der Behauptende nicht nur diese Tatsache, sowie den Inhalt der abweichenden Behauptung dartun, vielmehr auch, daß die Parteien bei der Auflassung die abweichende Vereinbarung aufrecht erhalten wollten. Denn die Vermutung spricht dafür, daß die Parteien den Vertrag so erfüllen wollten, wie sie ihn in der Urkunde niederlegt haben[1]).

IV. Selbstredend steht der freiwilligen Übereignung der Fall gleich, wo auf Klage einer Partei die andere zur Eigentumsübertragung rechtskräftig verurteilt worden ist und demnächst auf Grund der von der obsiegenden Partei abgegebenen Auflassungserklärung und Eintragungsbewilligung der Eigentumsübergang erfolgt[2]). Eine solche Verurteilung kann unter Umständen auch auf Grund eines total formwidrigen Vertrags z. B. bei Versäumnis oder Anerkenntnis der Gegenpartei erfolgen. Viel häufiger wird es jedoch vorkommen, daß durch eine Verurteilung im Sinne der C.P.O. § 814 und die daran anknüpfende Auflassungsannahme von seiten des Obsiegenden, sowie nachfolgenden Rechtsakte Nebenberedungen geheilt werden. Voraussetzung ist aber immerhin, daß in dem Urteil nicht rechtskräftig festgestellt wird, daß die Nebenberedung nicht getroffen oder der Schuldner nicht an sie gebunden ist. Andernfalls können Rechte aus der Nebenberedung nicht abgeleitet werden.

Im Falle der Heilung kann der auf Abnahme verklagte Käufer späterhin aus einem Garantieversprechen, das nur mündlich gegeben war, auf Wandlung oder Minderung klagen. Ebenso kann der Veräußerer, der zur Übereignung verurteilt ist, auf Grund eines ihm nur als privatschriftliche Nebenberedung gewordenen Versprechens einer Hypothek zur Sicherung des Kaufpreises den Käufer verklagen, wie er auch die Vormerkung eines mündlich gegebenen Versprechens verlangen kann, daß bei unpünktlicher Bezahlung des Kaufpreises er berechtigt ist, vom Verkäufer die Rückübereignung des Grundstücks zu beanspruchen. Die Frage, inwieweit die Rechtskraft des im Vorprozeß auf Auflassung ergangenen Urteils reicht, regelt sich nach C.P.O. § 322[3]).

Geheilt werden auch Abänderungen und Zusätze, welche von den Parteien, zwischen der Rechtskraft des Urteils und der Auflassungsannahme des Obsiegenden getroffen werden. Denn der Übereignungs-

[1]) Turnau a. a. O.
[2]) Turnau-Förster I S. 325 zu § 313 Nr. 8.
[3]) R.G. in Gruchot 33 S. 435 ff.

vertrag kommt erst dann zustande, wenn der Kläger unter Vorlegung des rechtskräftigen Urteils seinerseits die Auflassungserklärung abgibt.

V. Die Heilung bezieht sich lediglich auf die Nichtigkeit, welche auf Verletzung der Form des § 313 beruht.

a) Nicht geheilt werden daher durch die Auflassung andere Nichtigkeitsgründe, vor allen Dingen die Nichtigkeit der Vollmacht[1]), ferner die Nichtigkeit wegen Geschäftsunfähigkeit eines Kontrahenten, wegen mangelnder Einwilligung des Verfügungsberechtigten, wegen Verstoßes gegen ein Veräußerungsverbot, gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten. Ebensowenig werden durch die Übereignung anfechtbare Geschäfte bestätigt und dadurch geheilt[2]).

b) Insofern B.G.B. § 313 Abs. 2 eine Ausnahme von einer Ausnahmebestimmung bildet, darf sie auf ähnliche Verträge nicht analog ausgedehnt werden. Dies gilt namentlich von der Veräußerung eines ganzen Vermögens oder dem Erbschaftskauf[3]); selbst wenn das Vermögen oder die Erbschaft nur in Grundstücken besteht, tritt trotz Auflassung und Eintragung eine Heilung der durch B.G.B. §§ 311, 312, 2371, 2385 vorgeschriebenen Form nicht ein. Das Gleiche gilt, wenn der Vertrag, abgesehen davon, daß er ein Vertrag im Sinne des B.G.B. § 313 ist, auch auf Grund anderer gesetzlicher Vorschriften, der Form bedürfte. Zwar kommt die Schenkung hier nicht in Betracht, da auch bei ihr der Formmangel durch Leistung des versprochenen Gegenstands (also durch Auflassung und Eintragung im Grundbuch) geheilt wird, wohl aber Erb- und Vermächtnisverträge oder andere letztwillige Verfügungen, die sich lediglich auf Grundstücke beziehen. Sie werden nicht dadurch geheilt, daß der Erblasser oder Erbe späterhin das Grundstück an den Vertragsgegner auflässt[4]).

c) Die Heilung des B.G.B. § 313 Abs. 2 hilft gegen jede Formverletzung, mag die Beurkundung gänzlich unterblieben sein oder nur, sei es infolge Verschuldens der Urkundsperson oder durch ein Versehen oder

[1]) R.G. 35 S. 175.

[2]) Schollmeyer II § 313 Nr. 3b; Krome II § 166 S. 163 Anm. 42; Neumann § 313 Nr. 4a; Planck II § 313 Nr. 3; R.G. 3 S. 257, Bd. 31 S. 230, Bd. 35 S. 175.

Eine ganz andere Frage, die nicht hierher gehört, ist die, ob dann, wenn der Anfechtungsberechtigte trotz Kenntnis der den Mangel begründenden Tatsachen zur Übereignung mitwirkt, er das Geschäft hierdurch nicht etwa genehmigt oder er gemäß B.G.B. § 814 seines Kondiktionsanspruchs verloren geht.

[3]) Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des B.G.B. § 64 S. 344.

[4]) Neumann I § 313 Nr. 4e; anders Kammergericht in O.L.G. IV S. 35.

mit Willen der Beteiligten, in unvollständiger Weise erfolgt sein; das nämliche gilt auch, wenn etwas, was die Parteien nicht erklärt haben, von der Urkundsperson protokolliert ist, während sie die in der Tat erfolgte Parteierklärung nicht in das Protokoll niedergelegt hat oder endlich, wenn die Parteien absichtlich etwas anderes nach außen hin erklärt haben, als das, was sie in Wirklichkeit ausgemacht hatten, wenn also die wirklichen Parteiberedungen nicht in der vorgeschriebenen Form abgegeben sind.

Nach Fertigstellung dieser Arbeit erschien eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 21. April 1904, die den in § 12 bezüglich der Gemeinschaften zur gesamten Hand vom Verfasser eingenommenen Standpunkt vollauf teilt. Sie verläßt den bisher vom Reichsgericht in dieser Frage eingenommenen Standpunkt und ist von so eminenter Tragweite, daß der Verfasser nicht umhin kann die in der Juristischen Wochenschrift 1904 S. 337 Nr. 5 und in knappem Auszuge wiedergegebene Entscheidung seiner Arbeit als

Anhang

unverkürzt beizufügen. Sie lautet:

In Sachen des Kaufmanns A. L. in B., Klägers und Revisionsklägers wider 1. Frau B. Sch. geb. L. in B. und Genossen, Beklagte und Revisionsbeklagte, hat das Reichsgericht, IV. Civilsenat, auf die mündliche Verhandlung vom 21. April 1904 für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des V. Civilsenats des Oberlandesgerichts zu B. vom . . . wird zurückgewiesen; die Kosten der Revisionsinstanz werden dem Revisionskläger auferlegt.

Tatbestand.

Kläger und die Beklagten zu 1 und 2 sind zu je $^1/_3$ Erben ihrer am 9. Oktober 1901 verstorbenen Mutter. Zum Nachlaß gehört das in B. gelegene Grundstück, als dessen Eigentümer, auf Grund einer am 17. April 1902 vor dem Grundbuchamt stattgefundenen Verhandlung dermalen die 3 Erben „in ungeteilter Erbengemeinschaft" eingetragen stehen. Auf demselben Grundstück sind 3 gleichfalls zum Nachlaß gehörige Eigentümerhypotheken im Betrage von 7500 ℳ eingetragen. Kläger behauptet: nach dem Tode der Erblasserin hätten die 3 Erben zunächst die Nachlaßmasse ermittelt und

festgestellt, daß dazu außer dem Grundstück und den Eigentümerhypotheken „Gelder und Forderungen", darunter 7000 ℳ bares, bei einer Bank belegtes Geld, Mobilien, Kleider, Pretiosen, „einige zweifelhafte und uneinziehbare Forderungen" und 661,59 ℳ Schulden gehörten. Die Erben seien darüber einig gewesen, daß jeder vom Nachlaß $^1/_3$ zu beanspruchen habe, hätten die Schulden aus dem Bargeld bezahlt, sich in den Rest des Bargeldes, die Mobilien sowie „die eingezogenen Forderungen" geteilt; bezüglich „einiger zweifelhafter Forderungen" hätten sie Teilung vorläufig ausgeschlossen. Hinsichtlich des Grundstücks und der Eigentümerhypotheken sei mündlich beschlossen worden, daß sie unter Auflösung der bisherigen Gemeinschaft zur gesamten Hand bis zu einem tunlichst bald herbeizuführenden freihändigen Verkauf in Gemeinschaft zu $^1/_3$ Bruchteilen übergehen sollten. Die Eintragung im Grundbuche „in ungeteilter Erbengemeinschaft" sei auf Grund des vorgelegten Erbscheins irrtümlich vorgenommen worden. Die Beklagten bestreiten diese Darstellung und nehmen den ihnen hierüber zugeschobenen Eid an. Die Erben heben hervor, daß weder über den Umfang der Nachlaßforderungen, noch über denjenigen der Schulden, zu welchen unter anderen 30 000 ℳ Hypothekenschulden gehörten, bisher Einverständnis erzielt sei. Kläger beantragte in zweiter Instanz: I. die Beklagten zu 1 und 2 zu verurteilen 1. anzuerkennen, daß ihm das Miteigentum zu $^1/_3$ an dem Grundstücke und an den Eigentümerhypotheken nebst Zinsen seit 9. Oktober 1901 zusteht, 2. demgemäß die Eintragung der 3 Erben als Miteigentümer zu $^1/_3$ des Grundstücks zu bewilligen und zu beantragen, 3. ihm $^1/_3$ des Grundstücks aufzulassen und $^1/_3$ der Hypotheken nebst den Zinsen abzutreten; II. den Beklagten unter 3 zu verurteilen, die Willenserklärungen seiner Ehefrau zu genehmigen und die Zwangsvollstreckung in deren eingebrachtes Vermögen zu dulden. Nach dem Antrage der Beklagten haben beide Vorinstanzen die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers beantragt unter Aufhebung des Berufungsurteils nach den in zweiter Instanz gestellten Anträgen zu erkennen. Die Beklagten beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe.

Die Revision glaubt die Klaganträge mit der Behauptung rechtfertigen zu können, daß unter den beteiligten 3 Miterben die Auseinandersetzung in Ansehung des Nachlasses, wenngleich noch nicht völlig durchgeführt, so doch im wesentlichen beendet sei. Daraus folge, daß auch der noch ungeteilte Rest des Nachlasses nach dem vereinbarten Teilungsmaßstabe von drei Dritteilen ohne weiteres als unter die Erben aufgeteilt zu gelten habe. Allein dabei ist nicht berücksichtigt, daß selbst einem den gesamten Nachlaß erschöpfenden Auseinandersetzungsvertrage an sich keine dingliche Wirkung zukommt. Vielmehr bedarf es, um auf dem Gebiete des Sachenrechts die vertraglich bedungenen Rechtsänderungen wirklich herbeizuführen, noch der Erfüllung derjenigen Voraussetzungen, von welchen sonst das Gesetz den Vollzug der in Frage stehenden Änderung abhängig macht. Hiervon handeln bezüglich des Erwerbs des Eigentums an Grundstücken die §§ 925 ff., an beweglichen Sachen die §§ 929 ff. des B.G.B. Wenn deshalb zugegeben werden müßte, daß die Umwandlung des der Erbengemeinschaft am Nachlaßgrundstücke zustehenden Gesamteigentums (B.G.B. § 2032 Abs. 1) in Eigentum nach Bruchteilen (B.G.B. §§ 1008, 741) eine Änderung des dinglichen Rechts in sich begreife, insbesondere, daß sich damit „Übertragung des Eigentums an einem Grundstück" vollziehe, so wäre hierdurch zugleich auch die Notwendigkeit der Auflassung aus § 925 des B.G.B. und in Ansehung der Gültigkeit des zu solcher Übertragung verpflichtenden Vertrags die Notwendigkeit gerichtlicher oder nota-

rieller Beurkundung aus § 313 B.G.B. erwiesen. Nun kann allerdings im Streitfalle eingewendet werden, jedem der 3 Streitteile stehe als Mitgliede der Erbengemeinschaft zur gesamten Hand schon das volle Eigentum am ganzen Nachlaßgrundstücke zu; die Aufteilung des Grundstücks zu 3 gleichen ideellen Bruchteilen bedeute deshalb für jeden Miterben nur eine Verminderung seines Eigentums, weder werde Eigentum übertragen, denn jeder Miterbe gebe zwei Dritteile seines Eigentums einfach preis, noch werde Eigentum erworben, denn keiner der Miterben erlange mehr, er behalte vielmehr weniger, als er bisher schon gehabt habe. Ebenso läßt sich vom wirtschaftschaftlichen Gesichtspunkte geltend machen, daß bei Gleichheit der Erbquoten die Überführung des Gesamteigentums in Eigentum derselben Miterben, geteilt nach gleichen ideellen Bruchteilen, keinerlei Vermögensverminderung mit sich bringe, und darum auch keine Veräußerung enthalte. Ähnliche Erwägungen, insbesondere die fortdauernde Personenidentität bei beiden Formen des Eigentums, haben den jetzt erkennenden Senat in einem verwandten Falle — der Illation eines zu ideellen Hälften besessenen Grundstücks in eine unter denselben Eigentümern begründete Gesellschaft — dazu geführt, das Zustandekommen eines Veräußerungsgeschäfts zu verneinen (Entscheidungen in Civilsachen Bd. 30 S. 150). Allein diese auch in der Sache Steuerfiskus mit Urteil vom 23. Oktober 1893 vom Senat befolgte Rechtsansicht kann nicht aufrecht erhalten werden. Vielmehr würde für den gleichen Rechtsfall den gegenteiligen Entscheidungen beizutreten sein, die inzwischen vom V. Civilsenat mit Urteil vom 2. November 1903 und vom VII. Civilsenat mit Urteilen vom 11. Dezember 1903 und 2. Januar 1904 erlassen worden sind. Im Streitfalle liegt freilich die Sache umgekehrt so, daß Gesamteigentum in Eigentum zu ideellen Bruchteilen verwandelt werden soll und daß es sich nicht um Gesellschaftsvermögen, sondern um gemeinschaftliches Vermögen der Erben im Sinne von § 2032 des B.G.B. handelt. Allein auch hier müssen die in den angezogenen Entscheidungen angewendeten Rechtssätze dazu führen, ein Veräußerungsgeschäft im Sinne der §§ 925, 313 des B.G.B. als vorhanden anzunehmen. Namentlich besteht darüber kein Zweifel, daß die Erbengemeinschaft ebensowohl wie das Gesellschaftsvermögen vom B.G.B. nach dem Grundsatze der Gemeinschaft zur gesamten Hand geordnet ist.

Entscheidend ist für die jetzt zu beantwortende Frage, daß keiner der in der Erbengemeinschaft stehenden Erben imstande ist, das vom Gesetz geschaffene Rechtsverhältnis zu den einzelnen Nachlaßgegenständen von sich allein aus zu ändern. Er bedarf hierzu vielmehr der Zustimmung und Mitwirkung seiner Miterben (§§ 2033 Abs. 2, 2040 Abs. 1 B.G.B.). Er „verfügt" aber über den Nachlaßgegenstand nicht bloß, wenn er von dem zu $^3/_3$ ihm daran zustehenden Eigentum je $^1/_3$ zu Gunsten der beiden Miterben preisgibt. Sondern es ist auch „Verfügung", wenn er zu den gleichlautenden Verfügungen der beiden andern Teilhaber seine Zustimmung erteilt. Auch die Veränderungen der Eigentumsquote vollziehen sich mithin kraft eines von allen Teilhabern vorzunehmenden Rechtsaktes. Dieser Rechtsakt kann aber nicht anders als dahin bezeichnet werden, daß er ein Übertragungs- und zugleich Erwerbsakt im Sinne der gesetzlichen Terminologie ist. So ist der gemeinrechtlich überlieferte Begriff der Veräußerung von jeher auch auf die Aufgabe des Rechtes schlechthin erstreckt worden (vgl. l. 5 § 8 Dig. 27, 9). Hierzu kommt, daß das neuentstehende Eigentum nach Bruchteilen gegenüber dem bisherigen Eigentum zur gesamten Hand, auch wirtschaftlich betrachtet, in wichtigen Beziehungen anders geartet ist. Der Miterbe erlangt damit das Recht, unmittelbar über seinen Anteil am Grundstücke, nicht bloß am Nachlasse zu verfügen (§ 747). Er darf namentlich diesen Grundstücksanteil belasten (§§ 1106,

1114 B.G.B.). Auch nach außen hin ist seine Rechtsklage jetzt insofern verändert, als seinen Gläubigern nunmehr der Zugriff unmittelbar am Grundstücksanteil (C.P.O. § 864 Abs. 2), nicht bloß am Nachlaßanteil (C.P.O. § 859 Abs. 2) offen steht. Der Berufungsrichter hat also das Gesetz nicht verletzt, wenn er als Gegenstand des Vertrags, der auf Umwandlung des Gesamteigentums am Nachlaßgrundstücke in Eigentum nach Quoten gerichtet ist, die Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke ansieht. Daraus folgt im Streitfalle ohne weiteres die Nichtigkeit des Vertrages wegen Nichtbeobachtung der in § 313 des B.G.B. vorgeschriebenen Form. Dabei kommt nach dem oben Ausgeführten auch darauf nichts an, ob dieser Vertrag im Rahmen des allgemeinen Erbauseinandersetzungsvertrages oder für sich als besondere Vereinbarung geschlossen worden ist. . . . . .

Die Revision mußte deshalb im vollen Umfange zurückgewiesen und über die Kosten nach § 97 Abs. 1 der C.P.O. entschieden werden.

IV, 35/04.